

LOI TYPE
OHADAC
DE
DROIT
INTERNATIONAL
PRIVÉ

Texte commenté ARTICLE PAR ARTICLE

afin de Promouvoir un débat

AVril, 2014

SOMMAIRE

Abréviations	9
PRÉSENTATION DE LA LOI TYPE	12
I. Intégration économique et coopération juridique dans la zone OHADAC	12
1. L'unification juridique comme instrument d'intégration économique	12
A) Cadre général.....	12
B) Intégration en Amérique latine	20
C) Spécificités de l'intégration caribéenne	22
D) Manifestations de l'intégration caribéenne.....	25
E) Contribution du droit international privé	31
2. Essor régional des relations de droit privé international.....	34
A) Facteurs contraignants	34
B) Contribution du droit international privé	38
II. Diversité et hétérogénéité juridique au sein de l'OHADAC.....	43
1. États et territoires en présence	43
2. Panorama du droit international privé et son rayonnement dans la zone OHADAC.....	44
A) Bilan de l'unification et mise en œuvre des solutions nationales	44
B) Modèles de codification nationale de DIPr.....	46
C) Projets gouvernementaux et académiques	61
D) Participation limitée dans la codification internationale.....	68
E) Répercussion de l'œuvre de la Conférence de La Haye de DIPr	71
F) Répercussion de l'œuvre de la CIDIP	76
G) Inadéquation et insuffisance du code Bustamante	79
III. Conception d'une loi type OHADAC de droit international privé	83
1. Questions de technique législative	83
2. Méthodologie codificatrice.....	85
A) Problèmes d'uniformité et de diversité des techniques normatives	85
B) Inconvénients des traités internationaux comme méthode d'unification	88
C) Avantages des lois types.....	91
3. Orientations de la loi type OHADAC.....	94

A) Choix pour une orientation civiliste	95
B) Le dépassement du modèle de la règle de conflit rigide et au résultat imprévisible	96
C) Abandon des constructions fondées sur la loi de nationalité	98
D) Modernisation du système	101
4. Choix quant à son acceptation	103
5. Structure du texte proposé	106
6. Méthodologie de travail et participants	109
7. Diffusion publique et débat	112
COMMENTAIRE DU TEXTE ARTICLE PAR ARTICLE	115

TITRE I DISPOSITIONS COMMUNES

Article 1. <i>Objet de la loi</i>	115
Article 2. <i>Matières exclues</i>	118
Article 3. <i>Traités internationaux</i>	121
Article 4. <i>Lois spéciales</i>	122
Article 5. <i>Détermination du domicile et de la résidence habituelle</i>	123

TITRE II ÉTENDUE ET LIMITE DE LA JURIDICTION CARIBÉENNE EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

Chapitre I Domaine de la juridiction caribéenne

Article 6. <i>Domaine général de la juridiction</i>	128
Article 7. <i>Immunité de juridiction</i>	131
Article 8. <i>Exception d'arbitrage</i>	135

Chapitre II Chefs de compétence

Article 9. <i>Compétences exclusives</i>	139
Article 10. <i>Prorogation volontaire de la compétence des tribunaux caribéens</i>	147
Article 11. <i>Compétence générale fondée sur le domicile du défendeur et compétences spéciales</i>	155
Article 12. <i>Derogatio fori</i>	158
Article 13. <i>Droit de la personne et de la famille</i>	161
Article 14. <i>Droit patrimonial</i>	167
Article 15. <i>For de nécessité</i>	172
Article 16. <i>Mesures provisoires et conservatoires</i>	176

Article 17. <i>Incompétence des tribunaux caribéens</i>	177
Article 18. <i>Forum non conveniens</i>	180
Article 19. <i>Exception de litispendance</i>	183
Article 20. <i>Exception de connexité</i>	186
Article 21. <i>Compétence interne</i>	188

TITRE III
DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE

Chapitre I
Règles de conflit

Section I
Personnes

Article 22. <i>Jouissance et exercice des droits</i>	189
Article 23. <i>Capacité et état des personnes</i>	192
Article 24. <i>Droits de la personnalité</i>	195
Article 25. <i>Nom et prénoms</i>	197
Article 26. <i>Déclaration d'absence ou de décès</i>	201
Article 27. <i>Sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée</i>	201
Article 28. <i>Transfert du siège social</i>	206

Section II
Relations de famille

Article 29. <i>Formation du mariage</i>	208
Article 30. <i>Rapports personnels entre époux</i>	213
Article 31. <i>Rapports patrimoniaux dans le mariage</i>	216
Article 32. <i>Nullité du mariage</i>	220
Article 33. <i>Divorce et séparation de corps</i>	222
Article 34. <i>Unions non conjugales</i>	226
Article 35. <i>Établissement de la filiation</i>	229
Article 36. <i>Adoption des mineurs</i>	232
Article 37. <i>Adoption des majeurs</i>	236

Section III
Protection des incapables et obligations alimentaires

Article 38. <i>Responsabilité parentale et protection des mineurs</i>	236
Article 39. <i>Protection des majeurs incapables</i>	240

Article 40. <i>Obligations alimentaires</i>	242
---	-----

Section IV
Successions et donations

Article 41. <i>Succession à cause de mort</i>	246
Article 42. <i>Forme des dispositions testamentaires</i>	251
Article 43. <i>Succession de l'État</i>	253
Article 44. <i>Donations</i>	254

Section V
Obligations contractuelles

Article 45. <i>Autonomie de la volonté</i>	257
Article 46. <i>Détermination de la loi applicable à défaut de choix</i>	261
Article 47. <i>Contrats de travail</i>	264
Article 48. <i>Contrats conclus par les consommateurs</i>	267
Article 49. <i>Domaine de la loi applicable</i>	269
Article 50. <i>Incapacité</i>	270
Article 51. <i>Forme</i>	271

Section VI
Obligations extracontractuelles

Article 52. <i>Règle générale</i>	272
Article 53. <i>Responsabilité du fait des produits défectueux</i>	275
Article 54. <i>Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence</i>	276
Article 55. <i>Domage environnemental</i>	279
Article 56. <i>Atteinte aux droits de propriété intellectuelle</i>	279
Article 57. <i>Domaine de la loi applicable</i>	281

Section VII
Biens

Article 58. <i>Possession et droits réels</i>	283
Article 59. <i>Droits réels sur les biens en transit</i>	284
Article 60. <i>Droits réels sur les moyens de transport</i>	285
Article 61. <i>Droits de propriété intellectuelle</i>	285
Article 62. <i>Droits sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en compte</i> ..	286

Chapitre II

Règles d'application

Article 63. <i>Détermination de la loi étrangère</i>	287
Article 64. <i>Interprétation</i>	297
Article 65. <i>Droit public étranger</i>	301
Article 66. <i>Adaptation</i>	304
Article 67. <i>Exclusion du renvoi</i>	309
Article 68. <i>Ordre public</i>	311
Article 69. <i>Dispositions impératives</i>	317
Article 70. <i>Ordres juridiques plurilégislatifs</i>	322
Article 71. <i>Droits acquis</i>	325

Titre IV

EFFICACITÉ DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET DES ACTES PUBLICS ÉTRANGERS

Chapitre I

Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

Article 72. <i>Notion de décision</i>	329
Article 73. <i>Reconnaissance et exécution en général</i>	330
Article 74. <i>Motifs de refus de reconnaissance et exécution</i>	334
Article 75. <i>Procédure</i>	340
Article 76. <i>Adoptions prononcées à l'étranger</i>	342
Article 77. <i>Immunité d'exécution</i>	343

Chapitre II

Efficacité probatoire des actes publics étrangers*

Article 78. <i>Actes publics étrangers</i>	345
Article 79. <i>Traduction</i>	353

TITRE V

DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 80. <i>Application dans le temps</i>	354
Article 81. <i>Disposition abrogatoire</i>	357

LOI TYPE OHADAC DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	359
---	------------

ABRÉVIATIONS

ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
AEC	Association des États de la Caraïbe
AEDIPr	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
AIB	Association internationale du barreau
ALADI	Association latino-américaine d'intégration
ALALE	Association latino-américaine de libre-échange
ALBA	Alliance Bolivarienne pour les Peuples de notre Amérique
ALÉNA / NAFTA	Accord de libre-échange nord-américain
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Int'l L.</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Ann. fr. dr int.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>Ann. suisse dr. int.</i>	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
<i>Anuario IHLADI</i>	<i>Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional</i>
APPI	Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements
<i>Ariz. J. Int'l & Comp. L.</i>	<i>Arizona Journal of International & Comparative Law</i>
BID	Banque interaméricaine de développement
<i>British. Yearb. Int'l L.</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
CARICOM	Communauté des Caraïbes
CARIFORUM	Forum Caribéen des États ACP
Cass.	Cour de cassation
Cc	Code civil
CCI / ICC	Chambre de commerce internationale (Paris)
CELAC	Communauté des États latino-américains et des Caraïbes
Ccom	Code de commerce
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEPAL	Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes
CG	Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, conclue à Genève le 21 avril 1961
<i>Chi. J. Int'l L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>
CIAC	Commission interaméricaine d'arbitrage commercial
CIDIP	Conférences spécialisées interaméricaine de droit international privé
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJCE	Comité juridique interaméricain
CJI	Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958
CNY	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>Columbia J. Transn'l L.</i>	Concordances
CONC.	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 avril 1980
CVIM	Droit international privé
DIPr	<i>Diritto del commercio internazionale</i>
<i>Dir. comm. int.</i>	<i>Diritto internazionale</i>
<i>Dir. int.</i>	<i>Dispute Resolution Journal.</i>
<i>Disp. Res. J.</i>	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
DPCI	Dispute Review Board

DRB	<i>Florida Journal of International Law</i>
<i>Fla. J. Int 'l L.</i>	Fonds monétaire international
FMI	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>German Yearb. Int'l. L.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Harv. Int 'l L.J.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Houston Journal of International Law</i>
<i>Hous. J. Int 'l L.</i>	Initiative du bassin des Caraïbes
IBC	<i>ICSID Review—Foreign Investment Law Journal</i>
<i>ICSID Rev.</i>	<i>International Legal Materials</i>
ILM	<i>International Arbitration Law Review</i>
<i>Int 'l Arb. L. Rev.</i>	<i>International Business Lawyer</i>
<i>Int 'l Bus. Law.</i>	<i>International & Comparative Law Quarterly</i>
<i>Int 'l Comp. L.Q.</i>	<i>The International Lawyer</i>
<i>Int 'l. Law.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>J. Int 'l Arb.</i>	Journal officiel
JO	<i>Journal du droit international</i>
<i>Journ. dr. int.</i>	<i>Revista Jurídica Española, La Ley</i>
<i>La Ley</i>	Méthodes alternatives de règlement des conflits
MARC	Marché commun du Sud
Mercosur	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Mich. J. Int 'l L.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
<i>Minn. L. Rev.</i>	Nouveau Code de Procédure Civile
NCPC	Nations Unies
NU	Organisation des États américains
OEА	Organisation des États de la Caraïbe orientale
OEСO / OEСS	Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe
OHADAC	Organisation mondiale du commerce
OMC	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
<i>RabelsZ</i>	<i>Revista de Derecho Español y Americano</i>
RDEA	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDM	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>Recueil des Cours</i>	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
REDI	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. belge dr. int.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>Rev. dr. aff. int.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>	<i>Revue de droit uniforme/Uniform Law Review</i>
<i>Rev. dr. unif./Unif. L. Rev.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revista uruguaya de Derecho internacional privado</i>
<i>Rev. urug. DIPr</i>	<i>Revista mexicana de Derecho internacional privado</i>
<i>Revista mex. DIPr</i>	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
RIE	<i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv. dir. civ.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Riv. dir. int. pr. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
<i>Riv. trim. dr. proc. civ.</i>	Sentencia
S	<i>Saint Mary's Law Journal</i>
<i>St. Mary L.J.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
<i>Tex.Int 'l L.J.</i>	<i>Travaux du Comité français de droit international privé</i>
<i>Travaux Com. fr. dr. int. pr.</i>	<i>Tulane Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Tul. J. Int 'l & Comp. L.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>Tul. L. Rev.</i>	Union européenne
UE	Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados
UIBA	

Uncitral / CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
UNIDROIT	Institut International pour l'unification du droit privé
<i>Va. J. Int 'l L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Vand. J. Transnat'l L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>Yearbook Comm. Arb'n</i>	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>

PRÉSENTATION DE LA LOI TYPE

I. Intégration économique et coopération juridique dans la zone OHADAC

1. *L'unification juridique comme instrument d'intégration économique*

A) Cadre général

1. L'élimination des frontières économiques entre au moins deux économies est un phénomène de notre temps qui conduit à divers modes d'intégration. L'intégration est entendue comme un processus économique et social destiné à faciliter les relations entre les entreprises, les institutions et les États d'un ou plusieurs pays. La décision d'intégrer un bloc économique régional est, sans doute, révélatrice du degré de compétitivité d'une nation ou d'un territoire présentant un certain niveau d'autonomie et par la même de sa capacité à converger, en termes de connaissances, avec des pays présentant un niveau de développement supérieur au sien. Tout processus d'intégration économique est fondé sur le développement des échanges commerciaux à l'échelle internationale et vise à obtenir une série d'avantages. Il s'agit, quelle que soit l'étape du processus, de fournir aux entités qui l'intègrent des bénéfices mutuels et des avantages supérieurs à ceux auxquels elles pourraient prétendre si elles agissaient seules face à des pays tiers ou des groupes de pays. Ces bénéfices et ces avantages sont applicables non seulement aux processus d'intégration économique, mais également aux processus d'intégration politique, social ou juridique voire à toute initiative dont l'objectif vise un niveau plus élevé de cohésion.

L'interdépendance économique et la globalisation de l'économie ont conduit la majorité des gouvernements à mettre en place des programmes de libéralisation progressive de l'économie et à accélérer les processus de création de zones de libre-échange. Ce phénomène est concomitant à l'abandon progressif d'une position traditionnellement réticente et méfiante vis-à-vis du commerce international et dans lequel les multinationales jouent un rôle important. À côté de ce phénomène, des débats ont été ouverts ces derniers temps afin d'établir une carte géographique représentant les processus d'intégration dans la région. Ces débats sont menés, non sans difficulté, en vue de dépasser les réticences quant à une approche plus pragmatique du rôle des États dans le commerce international – des réticences nées de l'incompréhensible notion de souveraineté –. Pour renforcer l'efficacité des accords régionaux, il convient non seulement de s'acheminer vers des politiques macroéconomiques communes, mais également d'envisager un processus d'harmonisation juridique substantiel.

2. L'objectif d'implantation de la libéralisation impose la distinction de deux situations qui ne sont pas obligatoirement complémentaires : d'une part l'intégration économique et d'autre part l'intégration commerciale.

i) *L'intégration économique*, d'une façon générale, est conçue pour faire disparaître les droits de douane entre les pays qui composent une région ou une sous-

région, en vue de favoriser les échanges de biens. En outre, dans le meilleur des cas et sans toutefois tomber dans le protectionnisme sous-régional (« régionalisme ouvert »¹), un tarif douanier peut être fixé afin de permettre au groupement d'États d'agir comme un bloc commercial spécifique, sans toutefois exister et être reconnu internationalement comme une nouvelle entité dotée d'une personnalité juridique propre. Une telle intégration entre États, en tant que processus d'élimination réciproque des barrières économiques, n'est pas un phénomène unique. La décision prise par un État d'intégrer un tel processus est fondée sur des considérations qui ne sont pas seulement économiques mais également sociales, politiques ou stratégiques. Dans ce contexte, les accords tarifaires préférentiels au niveau régional ou hémisphérique prennent tout leur sens face à l'avancée des projets de libre-échange à grande échelle en vue de stimuler les exportations et d'attirer les investissements et les technologies².

ii) L'*intégration commerciale*³ se fonde sur le renforcement du commerce entre les États intégrés, du fait de l'augmentation de la taille du marché. Elle correspond à une interpénétration économique, émanant d'une négociation ou d'accords entre des entreprises ou des États-nations, par le biais de quelques modifications structurelles. Mais cela n'a toutefois pas d'incidence globale puisque l'objectif principal visé par ces États est de conserver un degré élevé de protection de leur souveraineté nationale. À noter que des secteurs d'activité sensibles comme l'automobile, l'équipement, la pétrochimie, le papier, la sidérurgie et le textile se voient reconnaître un traitement particulier en matière commerciale. Les effets positifs de l'intégration commerciale, l'accroissement de la concurrence et la stimulation provoquée par les investissements ainsi que le progrès technique sont en lien avec une plus grande spécialisation productive et avec l'augmentation de la compétitivité. Cela présente à la fois un avantage pour la production et pour la consommation : la libéralisation permet de

¹L'idée de compatibilité entre l'intégration régionale et la libéralisation croissante de l'économie mondiale a été reprise dans la formulation du concept de régionalisme ouvert. Émanant de l'APEC, elle a été adoptée et diffusée en Amérique latine par la CEPAL. Selon cette commission, le régionalisme ouvert consiste en une « interdépendance stimulée au départ par des signes du marché provenant de la libéralisation commerciale générale, qui s'accompagne d'accords à caractère préférentiel ». Il y a lieu de penser que les tendances actuelles à la globalisation de la concurrence et l'internationalisation de la production imposent aux pays d'ouvrir leur économie au commerce et aux investissements internationaux. Toutefois, une ouverture préférentielle (et par conséquent plus poussée) à d'autres pays de la même région n'est pas exclue ; au contraire, la libéralisation générale et l'ouverture préférentielle peuvent se compléter, dans le but d'améliorer la compétitivité et de dynamiser l'économie. Vid. M.R. Agosin, "Las experiencias de liberalización comercial en América Latina: lecciones y perspectivas", *Pensamiento Iberoamericano*, n° 21, 1992, pp. 13–29, spéc. p. 15. M. Kuwayama, *Open Regionalism in Asia Pacific and Latin America: A Survey of the Literature*, Santiago du Chili, Cepal, 1999, et l'œuvre compilée du même auteur, *Nuevas políticas comerciales en América latina y Asia. Algunos casos nacionales*, Santiago de Chile, Cepal, 1999.

²J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, n° 98 et seq.

³Cela ne correspond pas à la notion « d'intégration économique ». En Amérique latine, depuis sa création, la CEPAL a préconisé une intégration commerciale dans la région, et a tenté en quelque sorte de la concrétiser par le biais du processus d'intégration dans le cadre de l'Association latino-américaine de libre-échange (ALALE) et, par la suite, de l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI).

mettre à disposition du consommateur une plus grande quantité et diversité de biens à des prix très compétitifs⁴.

3. Mais l'intégration n'est pas un phénomène exclusivement économique, commercial ou social, elle comporte d'autres facettes du devenir des opérateurs impliqués. En premier lieu, elle implique une volonté de préserver la paix à travers la coopération et la sécurité collective au-delà des frontières nationales, d'instaurer un État de droit et d'ouvrir le développement vers l'extérieur. En second lieu, elle oblige à prendre certaines initiatives dans la conception des institutions de droit privé que cela induit.

Traditionnellement, le développement de politiques de coopération des États en matière civile et commerciale constitue une réponse à une fragilité et se fonde sur la bonne entente, la bonne volonté des États et toujours sur le principe de réciprocité. Cependant, la suite logique du processus d'intégration a conduit à ne plus considérer la coopération comme une fin en soi mais, dans la majorité des cas, comme une condition vu que les litiges transfrontaliers ou ayant un élément d'extranéité sont de plus en plus fréquents et nombreux. Le processus qui conduit, entre autres, à l'harmonisation des normes et des législations, n'implique pas *prima facie* la création de règles communes pour un bloc régional, car cela risquerait d'entraîner inutilement une opposition entre les règles et de conduire, en dehors de ce contexte, à une rivalité entre les règles nationales en vigueur. Au contraire, l'harmonisation des règles juridiques relatives au commerce et à l'échange des biens et services (*v.gr.*, règles relatives à la protection de la libre concurrence⁵ et de sanction de la concurrence déloyale, de la protection du consommateur ou de la propriété intellectuelle) ont ou doivent avoir comme objectif principal la suppression des distorsions entre les droits internes des États, surtout lorsque ces distorsions bénéficient de façon asymétrique aux opérateurs d'un État membre au détriment des autres⁶.

Dans ce contexte et bien que sa place ait été considérée comme secondaire⁷, le DIPr joue un rôle important de régulation juridique et s'avère indispensable à l'harmonisation des législations des États faisant partie d'un processus d'intégration. Le bon fonctionnement de tout marché intégré, dont le point de départ est la diversité des législations, repose sur les apports d'un DIPr uniforme et bien délimité matériellement. Uniforme, car les règles du jeu doivent être communes à tous les

⁴P. McClaren, "The Status of Consumer Protection Policy in the Caricom Region", *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur. Regional economic integration and consumer protection. La integración económica regional y la protección del consumidor*, Cowansville, Québec, Blais, 2009, pp. 277-294.

⁵G. Ibarra Pardo, "Políticas de competencia en la integración en América latina", *Integración Latinoamericana*, septembre 1993, pp. 45-51.

⁶J.C. Fernández Rozas, "Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria en América Latina", *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, Mexico D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 61-127.

⁷M.M. Fogt, "Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law": the 'Ugly Duckling'?", *Unification and Harmonization of International Commercial Law: Interaction or Deharmonization?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 57-103.

participants, et matériellement bien délimité afin d'assurer le bon fonctionnement de ce « marché de produits normatifs »⁸.

D'où l'affirmation que le développement de ces politiques est devenu le moyen d'atteindre le droit à la justice des citoyens au sein de l'espace supranational intégré⁹. D'où l'idée également que la sphère régionale permet une meilleure intégration fondée sur la démocratisation économique globale par la compatibilité des devises, par le libre-échange, par l'établissement de règles communes et, surtout, par la volonté commune de fixer les règles du jeu dans le respect des intérêts de l'ensemble de la région. Elle permet, également, une convergence d'intérêts et, souvent, de valeurs plus générales dans d'autres domaines comme l'investissement, la concurrence, le droit du travail ou les règles environnementales.

4. En Amérique Latine les concepts d' « intégration », de « coopération » et de « concertation » sont habituellement employés de façon interchangeable, alors qu'ils ne signifient pas la même chose. L'intégration, que nous venons d'évoquer, est un processus intense et profond qui naît et se consolide sur le plan économique, mais qui se diffuse largement entre les États dans d'autres domaines (*v.gr.*, MERCOSUR). La coopération suppose que les parties adaptent leurs comportements et les privilégient par rapport à d'autres. Elle résulte d'une interaction fondée sur des principes et est encouragée par des objectifs. Enfin, la concertation est un mécanisme au travers duquel les gouvernements agissent ensemble dans le cadre de leur souveraineté, généralement au niveau diplomatique et à des fins surtout politiques, face à d'autres opérateurs individuels ou collectifs (*v.gr.*, UNASUR).

Les relations commerciales dans la région de la Caraïbe dépendent fortement des possibilités offertes par les processus décrits ci-dessus, et plus particulièrement par le premier. Il suffit d'observer les résultats qu'ont produit à ce jour les principaux processus d'intégration de la région ou ceux auxquels des États de la zone de la Caraïbe participent, comme le Marché Commun Centraméricain (MCCA), l'Association des États de la Caraïbe (AEC), la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et l'Alliance Bolivarienne pour les Peuples de notre Amérique (ALBA), pour constater un accroissement important des relations commerciales dans la zone et le renforcement d'importants secteurs économiques. Ces expériences ont conduit, en tant que dénominateur commun et à titre principal, à une libéralisation du commerce des biens et services, à une protection plus grande des flux d'investissement étranger et à une transparence accrue des règles nationales, par exemple, en matière de marché public. Toutefois des domaines, comme la liberté de circulation et de déplacement des personnes, sont restés hors du champ de l'intégration alors qu'ils sont essentiels à tout processus d'intégration évolué.

⁸Cf. M. Virgós et F.J. Garcimartín Alférez, "Estado de origen vs. Estado de destino", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2004, p. 6. http://www.indret.com/pdf/251_es.pdf.

⁹G.A.L. Droz, "L'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridictions dans les groupes régionaux d'États", *Études de droit contemporain* (VI^{ème} Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962), Paris, Cujas, 1962, pp. 275-292.

5. Bien que le terme « intégration », tel qu'il est employé, renferme un contenu principalement économique, il n'en demeure pas moins que tout mouvement visant une unité entre différents pays constitue un processus économique et commercial mais induit également des conséquences considérables¹⁰ sur le plan politique¹¹, juridique et social. En d'autres termes, toute action d'intégration mais également de constitution d'un marché commun plus ou moins complet sous-tend une multitude de considérations extra-économiques. L'une d'elles consiste à exiger que les États membres et leurs gouvernements s'engagent dans un régime politique respectueux des libertés – politiques, économiques et sociales – doté d'institutions publiques solides et, absolument, indépendantes. Une autre des considérations consiste à procéder à une unification ou, au moins, à une harmonisation du droit privé voire du DIPr, comme cela s'est passé dans l'Union européenne¹². La mise en place difficile de l'établissement d'une intégration régionale progressive, avec toute la précision juridique requise, reflète une réalité complexe. Celle-ci doit être étudiée au cas par cas et dans une perspective multidisciplinaire¹³. Nous observons que ces processus ne se produisent pas toujours dans un cadre intégrationniste de caractère communautaire mais qu'ils consistent davantage à mettre en place une coopération de type intergouvernemental. La théorie générale des Organisations internationales indique que nous sommes dans la majorité des cas face à des institutions de simple coopération et non d'intégration.

Évidemment, chaque moment et chaque étape de l'intégration requièrent des processus de transfert de compétences très divers de la part des États membres de l'Organisation. Alors que dans les *zones de libre-échange* la libéralisation des échanges commerciaux peut se faire sans nécessiter un réel transfert de compétences de la souveraineté des États à des institutions communes, les *unions douanières* consistent à céder des compétences des États membres au profit de la nouvelle organisation et, dans ce cas, une stratégie commune vis-à-vis des tiers et une structure institutionnelle spécifique sont mises en place. Dès lors que le modèle adopte la forme d'un *marché commun* ce transfert de compétences, tout comme la création

¹⁰L. Limpens, "Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel", *Rev. int. dr. comp.*, 1964, pp. 13-31.

¹¹Sur le plan politique, outre les institutions propres à chaque sous-région, le Groupe de Río bénéficie d'une certaine influence. Composé à l'origine de dix pays d'Amérique du Sud, du Panama et du Mexique, d'un représentant de l'Amérique centrale et d'un de la Caraïbe, il comprend actuellement : l'Argentine, le Belize, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, le Guatemala, la Guyane, Haïti, le Honduras, la Jamaïque, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine, El Salvador, le Suriname, l'Uruguay et le Venezuela. Il constitue un mécanisme de consultation et de coopération qui veille au maintien de la démocratie et coordonne les positions des États concernant les relations extérieures de l'Amérique latine par l'intermédiaire de chefs d'État et de gouvernement de la région. Conçu en tant que Mécanisme permanent de consultation et de concertation politique (MPCCP), le Groupe de Río est, à l'heure actuelle, le forum de discussion le plus important d'Amérique latine et de la Caraïbe.

¹²J.C. Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América latina y el Caribe y el Derecho internacional privado", *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 151-192.

¹³E. Pérez Vera, "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", *RIE*, 1977, pp. 669-700, spéc. p. 699.

d'une structure institutionnelle, prend substantiellement de l'ampleur et se voit complété par l'adoption d'une politique commerciale commune.

D'un point de vue juridique, l'intégration met en action une série de mécanismes de droit public (accords, traités, codes et règlements...) ayant pour finalité de faciliter le bon fonctionnement des institutions en charge de veiller sur le processus. Mais à partir de ces mécanismes de base se développe un corpus normatif qui vise directement les États concernés et, en premier, leurs opérateurs économiques puis sociaux selon l'état d'avancement de l'intégration. En dernier lieu, les destinataires finaux du processus d'intégration sont les personnes physiques et morales, qui sont visées sur le plan économique ou patrimonial ainsi que sur le plan personnel et familial. L'intégration consiste en une intercommunication multiple et présente une complexité positive. Elle requiert de changer le cadre juridique interne et de prendre conscience de la disparité qui existe entre les lois nationales. Si ces lois nationales continuent d'être nécessaires sur le plan domestique et identitaire, elles peuvent toutefois être défailtantes face à l'accroissement des situations internationales que toute intégration implique.

6. Cette analyse fait généralement partie de la rubrique connue sous l'intitulé « Droit de l'intégration » et requiert la mise en place d'une trame institutionnelle complexe qui varie selon les objectifs poursuivis et le stade de leur exécution. Cela donne lieu à des notions comme la « supranationalité », l'« acquis communautaire », l'« institutionnalisme régional » dont le maniement est inévitable dès lors que l'on approche cette matière.

Mais une telle trame juridique ne s'avère pas toujours nécessaire pour approfondir certaines formes d'intégration très basiques. L'harmonisation et l'unification législative peuvent remplir, dans ce sens, un rôle important. Si elles assurent aux opérateurs juridiques un haut niveau de sécurité juridique et permettent une prévisibilité en droit, l'harmonisation et l'unification s'avèrent constituer la meilleure garantie pour préserver les relations juridiques dans des espaces supranationaux. L'uniformité des relations de droit privé de caractère transfrontalier consiste à offrir aux parties contractantes une plus grande sécurité juridique et pour y parvenir, il faut que les règles applicables aient été élaborées selon des critères objectifs et équitables. L'unification et la création du droit sur le plan transnational n'est rien d'autre que l'expression d'une réalité à un moment donné dans le cadre des échanges internationaux de caractère privé¹⁴.

En effet, l'ouverture et l'intégration des marchés mondiaux et/ou régionaux sont formatées pour apporter les réponses évidentes à l'actualité économique et pour fournir des mécanismes ou des instruments structurellement ou conjoncturellement adaptés en vue d'ajuster la demande à une offre croissante et diversifiée de biens et de services. Dans une économie ouverte aux lois et aux règles d'un marché fondé sur la libre concurrence entre les produits et les services, qu'ils soient nationaux ou

¹⁴Cf. K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 230.

étrangers, la demande, tout comme l'offre, s'ajuste au marché élargi. En outre, elle offre de meilleures conditions de compétitivité à la production, industrielle et commerciale, et aux services. Une telle ouverture suppose d'éliminer ou de réduire les obstacles, qu'ils soient ou non douaniers, à la libre circulation des biens et des services sur le marché élargi. De même, elle suppose l'ouverture à la libre circulation des personnes et des capitaux dans un même espace géopolitique et socio-économique. La liberté de circulation, dont la variabilité dépend de l'amplitude et de la profondeur de l'ouverture et de l'intégration, touche des sujets, personnes physiques ou morales, qui offrent (entreprises) et qui demandent (consommateurs) ces biens et ces services, potentiellement situés dans des pays différents. C'est une liberté sans laquelle l'intégration est inconcevable, mais qui entraîne de multiples avantages tout en générant d'éventuels conflits. Des conflits identiques à ceux auxquels se confrontent les personnes dans un contexte strictement national, mais qui présentent une complexité supplémentaire du fait qu'ils surgissent dans un cadre international. Par exemple, il s'agit du contrat conclu entre des parties domiciliées dans différents pays, d'une société constituée dans un État et qui souhaite transférer son siège social dans un autre pays, d'un travailleur qui bénéficie de meilleures opportunités de travail hors de son pays et qui migre avec toute sa famille pour s'installer dans un pays étranger, etc. Toutes ces situations conduisent éventuellement à des problèmes juridiques et leur résolution passe par les règles de DIPr afin de déterminer à qui appartient la compétence juridictionnelle ou quelle est la loi applicable ou encore afin de déterminer dans quelle situation une décision rendue dans un État peut produire des effets dans un autre. Les réponses à ces questions se trouvent encore aujourd'hui dans chaque ordonnancement juridique des États et, par conséquent, elles dépendent des particularités et des différences de chacun, ce qui ajoute une entrave supplémentaire à l'intégration. Actuellement le DIPr, plutôt que de rechercher les règles nécessaires pour faire respecter la loi étrangère par les tribunaux nationaux, recherche davantage à unifier les critères juridiques et les législations applicables dans certaines régions du monde, comme dans la zone de la Caraïbe. Au cours des dernières décennies, à défaut de disposer d'un système susceptible de recueillir l'assentiment général, un mouvement important s'est créé pour aller vers l'harmonisation des normes de DIPr entre les États. Derrière cette unification, il s'agit de faciliter les transactions internationales, d'assurer le respect des droits acquis des personnes et d'éliminer la pratique du *forum shopping*.

7. Pour que les entreprises relevant d'États dotés de systèmes politiques semblables qui, à leur tour reconnaissent des systèmes d'organisation économique semblables, puissent échanger entre elles, il faut qu'elles puissent compter sur des règles homogènes dans un bon nombre de cas. Les relations juridiques qui émergent de ce type d'échanges nécessitent un ordonnancement juridique qui dépasse le cadre national. Face à des relations juridiques particulières établies dans un contexte international, dont les intérêts et les exigences diffèrent, il faut un dispositif normatif compatible qui soit, si possible, le plus homogène possible entre tous les États membres de l'intégration. Il est certain qu'un processus d'unification substantielle ou matérielle pourrait régler ces problèmes. Toutefois, d'un côté, l'histoire démontre que les thèmes concernés par une telle unification sont peu nombreux (l'exemple de

la vente internationale de marchandise est sans pareil), ce qui conduirait à laisser en marge de cette unification de grandes zones juridiques. D'un autre côté, l'unification substantielle réalisée au travers de conventions internationales *ad hoc* ajoute une partialité sectorielle car tous les États n'adhèrent pas à de tels instrument de codification internationale, ni ne l'accueillent en même temps, ni même ne l'appliquent de la même manière.

Un système juridique, et encore moins un système sensible à la réglementation sur les transactions internationales privées, ne peut pas se voir limité par des dispositions normatives émanant exclusivement du législateur interne. En effet, celles-ci sont inadéquates et déconnectées de la réalité juridique et ce même dans le contexte d'une intégration économique très basique. Il est nécessaire, au contraire, de s'adapter à la réalité de la communauté internationale car pour assurer les échanges internationaux, il n'est pas suffisant d'éliminer les barrières juridiques d'origine publique. Si le législateur veut garantir des échanges internationaux fluides, il doit éliminer tant les obstacles juridiques d'origine publique que ceux d'origine privée, à savoir ceux qui découlent du fractionnement juridique des législations des États¹⁵.

En d'autres termes, le développement normatif national ou la codification interne doit se développer de manière parallèle et coordonnée avec la codification internationale. Et de la même manière, la codification internationale doit admettre qu'elle ne peut pas non plus évoluer en marge de l'unification juridique. Tout cela offre sans aucun doute une note de rigidité dont la codification interne est dépourvue¹⁶. Précisément afin d'éviter cette rigidité, la présente loi type OHADAC de DIPr a été élaborée en prenant tout particulièrement en compte les caractéristiques spécifiques de l'intégration économique caribéenne.

8. Une telle initiative d'unification de DIPr est en harmonie parfaite avec une intégration régionale dans cette zone géographique. Elle peut constituer un instrument utile pour pallier les inconvénients dus à un cadre légal interne inadéquat qui freine les transactions commerciales internationales. Mais elle va également dans le sens de ceux qui refusent une codification imposée « d'en haut » conduisant à la perte d'identité culturelle des peuples, à l'élimination de la concurrence entre les ordonnancements juridiques, et en outre, à la génération de coûts plus élevés que d'éventuels bénéfices¹⁷. Les États n'ont pas à adhérer en bloc à la loi type, mais peuvent adapter de façon partielle et progressive leurs dispositions spécifiques afin

¹⁵J.J. Garcimartín Alférez, "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2001*, Servicio Publicaciones Universidad del País Vasco, 2002, pp. 87-154, spéc. pp. 100-101.

¹⁶F. Rigaux, "Codification of Private International Law: Pros and Cons", *Louisiana L. Rev.*, vol. 60, n° 4, 2000, pp. 1321-1330.

¹⁷À titre d'exemple, il convient de se référer au processus d'unification qui a eu lieu à l'époque au Benelux concernant le « conflit de lois ». *Vid.* L.I. de Winter, "La nouvelle version du Projet Benelux de loi uniforme de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, pp. 577-606 ; K.H. Nadelmann, "The Benelux Uniform Law on Private International Law", *Am. J. Comp. L.*, vol. 18, 1970, pp. 406-419.

d'éviter tout changement traumatisant. À l'heure actuelle, un tel comportement serait irréfléchi. Aussi, avec plus de réalisme et de prudence, la loi type n'exclut pas qu'une certaine diversité normative soit maintenue afin de préserver, pendant le temps nécessaire, l'identité des ordres juridiques nationaux concernés.

En outre, en tant que « loi type », la présente initiative ne constitue rien de plus qu'une « proposition » législative qui pourra à son tour être accueillie dans un État de façon parcellaire ou, si besoin, au même titre que d'autres instruments juridiques en vigueur dans cet État. Toutefois, sans écarter cette option, une telle parcellisation n'est guère recommandée car elle ferait courir le risque de placer le DIPr sous la tutelle du droit interne (droit privé matériel) et de donner lieu à des interprétations divergentes qui compromettraient la cohérence même de l'ensemble normatif en question¹⁸. La technique de *soft law* pourrait également conduire à une réception partielle du modèle, mais cela ne consisterait qu'à s'arrêter au milieu du processus, qui s'avère pourtant nécessaire et décisif. La présente initiative unificatrice vise donc à offrir un système intégral de règles de DIPr qui s'adapteront de façon spécifique aux besoins de la pratique générée par les transactions privées internationales et un tel système aspire à être réceptionné dans son intégralité par les États membres de l'OHADAC. Cette loi type, considérée en tant que telle, peut servir de référence aux juges et aux arbitres, être interprétée ou complétée par d'autres instruments régissant les relations de droit privé international, ou elle peut aussi être un modèle pour les législateurs nationaux, ce qui est toutefois son objectif principal.

B) Intégration en Amérique latine

9. L'intégration des économies d'Amérique latine et de la Caraïbe constitue une aspiration qui a commencé à se manifester dans les années cinquante du siècle dernier et qui a été mise en pratique dans les années soixante. Le postulat de base est le suivant : l'intégration est un mode de résolution des problèmes économiques servant à renforcer un pouvoir unique de négociation dans le cadre du commerce international caractérisé par l'existence de pays plus développés que d'autres¹⁹. Cependant, les mécanismes d'intégration créés à cette époque (le Système Économique pour l'Amérique Latine, la première Association Latino-Américaine de Libre-Échange, le Marché Commun Centraméricain, le Groupe andin et le Marché commun des Caraïbes...) n'ont pas apporté, en pratique, des avancées et des actions significatives dans le secteur concerné. Cela s'explique par le fait que, dès le départ, l'intégration n'a jamais été conçue comme un projet politique c'est-à-dire comme une réalité pleinement insérée dans les politiques nationales de développement de chaque pays.

¹⁸*Vid. infra* commentaire des **art. 1 et 3.2** de la présente loi type.

¹⁹En 1950, la CEPAL a prescrit des recommandations aux pays d'Amérique latine afin que, lors de l'élaboration de programmes et de mesures économiques incitatives, ils prennent en compte les possibilités d'augmentation de la demande moyennant l'échange réciproque, dans le but de parvenir à une meilleure intégration de leurs économies.

Le processus d'intégration dans le sud de l'hémisphère américain a apporté au régionalisme trois résultats différents. En premier lieu, la diversité des formes d'institutionnalisation structurée en organes différents, en second lieu, la collaboration des pays à des expériences de type bilatéral ou partiellement multilatéral, ce qui se manifeste par un considérable nombre de traités multilatéraux et bilatéraux sur le libre-échange, et enfin, la compatibilité des expériences de multilatéralisme menées sous la forme de « régionalisme ouvert »²⁰. Cette description contraste avec un fait également indéniable : en Amérique latine les confusions et les ambiguïtés quant à la question de l'intégration régionale et au commerce transfrontalier sont fréquentes. Il existe encore une grande distance entre ce qui se dit et ce qui se fait réellement. Les gouvernements expriment leur fort intérêt pour renforcer les relations entre pays mais leurs pratiques commerciales vont dans le sens contraire²¹.

Jusqu'au milieu des années quatre-vingt du siècle dernier, il existait une différence très nette entre l'espace économique formé, d'une part, par les pays d'Amérique latine et de la Caraïbe et, d'autre part, par les pays développés du continent (USA et Canada). Le postulat de départ était ici que l'intégration était un processus destiné à accompagner les économies en développement de la région afin de renforcer leur avancée et leur présence sur les marchés internationaux. De cette façon, les pays développés de cette région sont intervenus sur ces marchés à travers des mécanismes multilatéraux et non pas par le biais d'accords préférentiels. La création de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), qui date de la même époque que l'OMC, a modifié ce panorama en répondant aux défis que posaient la globalisation croissante et aux difficultés que les économies nationales en développement avaient pour s'insérer sur la scène internationale économique. Puis, l'essor de l'intégration régionale en Amérique latine et dans la Caraïbe s'est produit dans le cadre d'un mouvement né à l'échelle mondiale.

Ces processus s'insèrent dans la rubrique « nouveau régionalisme », et se présentent sous diverses formes alternant des projets dans le domaine des macro-régions de type classique, avec des expériences inédites au niveau sous-régional, y compris entre des zones spécifiques de deux ou plusieurs pays. Ces projets sont, dans la majorité des cas, des projets intergouvernementaux ayant des objectifs essentiellement économiques. Ils ont donné lieu à d'intenses débats quant aux différents modèles d'intégration en présence et, en ce sens, ils ont contribué à mieux appréhender la versatilité du phénomène d'intégration²².

²⁰F. Rueda Junquera, "Integración económica en América Latina y el Caribe. Del regionalismo cerrado al regionalismo abierto", *El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica* (I. Berdugo Gómez de la Torre et R. Rivero Ortega, eds.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, pp. 123–161.

²¹J.C. Fernández Rozas, "El marco general de la integración latinoamericana", *El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el Derecho de los mercados* (R. Rincón Cárdenas, E. Santamaría Ariza et J.J. Calderón Villegas", eds.) Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario, 2006, pp. 152–179, spéc. pp. 161–162.

²²O. Dabène, *The Politics of Regional Integration in Latin America. Theoretical and Comparative Explorations*, New York, Palgrave, Macmillan, 2009.

10. Face aux attentes des années quatre-vingt, les développements actuels illustrent bien clairement que les essais d'intégration ont conduit à des crises persistantes et ont été marqués par des impasses. Il s'est alors agi de trouver de nouvelles issues qui, sans mettre de côté la totalité des processus traditionnels, pouvaient apporter des solutions plus immédiates et réalistes visant une intégration plus intense dans un monde globalisé. Un diagnostic synthétique met en évidence, d'un côté, une volonté politique réelle plutôt contenue de la part de nombre de gouvernements, qui n'hésitent pas à faire des déclarations positives grandiloquentes dans des forums internationaux sur des programmes qu'ils ne mettront pas en œuvre. D'un autre côté, il apparaît une absence évidente de continuité dans les propositions intégrationnistes. Cela est dû dans la majorité des cas à l'instabilité politique et à la succession de gouvernements qui avancent des programmes présentant des choix différents de ceux de leurs prédécesseurs.

De ce fait, nombre de processus engagés n'ont pas pu atteindre les objectifs minimums fixés dans les textes originaux. Cela a conduit à essayer de nouveaux modèles ce qui, dans la majorité des cas, a réduit tous ces efforts à la seule création d'une « zone de commerce ». Le seul établissement de zones de libre-échange ou de structures très basiques d'unions douanières n'est pas l'instrument approprié à une véritable intégration. Il doit être accompagné d'actions de politique extérieure commune coordonnées et de la mise en œuvre de processus productifs au sein de la région concernée. Il s'agit davantage, dans ces cas, de simples processus de forme que de véritables instruments orientés vers une réelle intégration. Il ne suffit pas de partager des objectifs communs en matière d'intégration pour que le projet parvienne à ses fins. Il est nécessaire de mettre en place un minimum de coordination politique pour obtenir des répercussions sur les secteurs industriels, sur la politique extérieure, sur la politique migratoire, sur le traitement de la dette externe ou, même, en cas d'intégration avancée, sur le cadre d'une défense commune. Il en résulte que les modèles d'intégration, essentiellement basés sur une politique de protection douanière inadaptée, n'ont pas du tout permis de résoudre les questions ponctuelles comme, par exemple, les problèmes posés par la baisse du prix des matières premières, la pauvreté et le chômage. La création et la mise en pratique de mécanismes transparents de participation citoyenne dans les processus d'intégration, associés à des initiatives d'unification législative tant de nature matérielle que de DIPr, sont le seul moyen d'obtenir de véritables résultats à l'intégration caribéenne et d'en faire bénéficier les populations locales. Voyons cette question plus attentivement.

C) Spécificités de l'intégration caribéenne

11. En marge de l'alternative fondamentale entre intégration régionale ou intégration continentale, avec des tendances clairement favorables pour la première²³, la zone de la Caraïbe est confrontée à de grands défis pour son développement économique et social face au phénomène de la globalisation. Dans ce nouvel ordre économique global, une partie significative du potentiel de concurrence de chaque État caribéen dépend de son intégration aux autres pays de la zone. Cette zone se trouve actuellement dans plusieurs processus de négociation de libre-échange, revêtant diverses formes mais qui sont simultanés. Peut-être le problème majeur auquel est confrontée la région face à ces initiatives porte sur le manque de ressources humaines et financières l'empêchant de mener des négociations efficaces, dans la défense de ses intérêts économiques et commerciaux. Le principal intérêt de la Caraïbe est de parvenir à la reconnaissance d'un traitement différencié dans ses politiques commerciales, prenant en compte sa fragilité en matière de production et sa dépendance aux traitements commerciaux préférentiels sur les marchés de l'Union européenne, des États-Unis et du Canada.

L'intégration caribéenne apparaît, donc, comme une alternative de développement indépendante qui transcende le strict cadre économique et commercial. Son objectif ultime est la mise en œuvre de politiques visant à améliorer le développement économique et le bien-être social. Dans le projet d'harmonisation engagé, l'OHADAC constitue une excellente opportunité pour développer les économies caribéennes dans le contexte de la globalisation de l'économie. Il suffit de prendre en compte ses objectifs prioritaires : faire face à l'insécurité juridique et judiciaire dans les États de la zone afin de garantir une sécurité aux investisseurs et de faciliter les échanges entre les États membres.

Le projet apporte des instruments utiles aux pays de cette zone géographique pour qu'ils intensifient le commerce intra-caribéen, qui oscille entre 12 et 20 % du commerce total. Ce projet est conçu comme une courroie de transmission entre le développement de grandes économies d'échelle et les processus de réforme juridique dans la zone d'intégration de la Caraïbe. Pour établir des relations commerciales avec les autres pays, il est nécessaire de financer des actions et des stratégies qui stimulent le développement économique des pays de la région en partant des chances et des forces qu'offrent ces économies. Ils constituent des mécanismes devant servir à dépasser de façon péremptoire les approches défavorables, caractéristiques de cette zone géographique, face à la coopération internationale. Dans ce contexte, la prise en compte des règles de DIPr pour les pays et les territoires qui intègrent cette institution offre un intérêt particulier. Il a été conseillé de développer une action spéciale, ce qui a amené à présenter la présente loi type.

En effet, les phénomènes complémentaires de globalisation et d'intégration ont bouleversé sérieusement l'image du DIPr traditionnel basée sur des idées de partage, de position, de territoire et de souveraineté des États. Dans l'économie de marché

²³M. Burac, H. Godard et F. Taglioni, "Le bassin caraïbe dans les Amériques: intégration régionale ou continentale?", *Mappemonde*, n° 72, 2003-4, pp. 12-15. <http://www.mgm.fr/PUB/Mappe-monde/M403/Integration.pdf>.

globalisée, que veulent intégrer les États de la zone de la Caraïbe, les relations avec le reste du monde sont beaucoup plus qu'un simple fait diplomatique. Elle est caractérisée par la suppression des barrières nationales pour la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux. Ce sont des actions qui s'avèrent de plus en plus urgentes à tous les niveaux économiques et sociaux pour la circulation de la richesse entre les États. C'est la raison pour laquelle les pays de la Caraïbe doivent rechercher la manière de régir toutes ou, tout du moins, la majorité des situations impliquant plusieurs États. Cette tâche doit être menée à travers un système complet et efficace de règles qui permette de trouver la norme substantielle pour régir une situation de droit privée déterminée ainsi que l'organe juridictionnel chargé de trancher les litiges susceptibles d'en découler.

12. Les instruments de l'intégration ne sont pas exclusivement économiques (*v.gr.*, tarif douanier commun, normes d'origine, mesures de protection commerciale...). Les organismes qui participent à un processus de ce type sont prédestinés à s'internationaliser sur la base de paramètres spécifiques, en même temps qu'ils conservent leur souveraineté ou leur rattachement national et leur nationalité²⁴. Concrètement, dans le contexte de la coopération juridique et judiciaire, cette tendance se matérialise par la négociation, l'élaboration d'instruments juridiques et par une augmentation progressive du nombre de ces instruments et des agents qui interviennent dans les stratégies de coopération. L'objectif final de la coopération judiciaire civile et commerciale vise la mise en place d'une collaboration très étroite entre les autorités des États afin d'éliminer tout obstacle dû à l'incompatibilité des différents systèmes judiciaires et administratifs (reconnaissance mutuelle et exécution des décisions, accès à la justice et harmonisation des législations nationales). Afin de relever les différents défis posés en matière juridique et judiciaire, l'un des instruments, susceptible d'être développé avec succès dans la zone OHADAC, concerne l'assistance que les gouvernements peuvent mutuellement se prêter. Elle pourrait prendre la forme de nouveaux mécanismes légaux adaptés à l'objectif de coopération poursuivi. Il s'agit de construire un véritable espace caribéen de justice dans lequel tant les particuliers que les entreprises pourront librement et pleinement exercer leurs droits. Comme cela a déjà été indiqué précédemment, le point de départ de la diversité des États et le respect possible et nécessaire de certaines particularités nationales font que la stratégie du DIPr est l'une des plus efficaces, car elle rend compatible la diversité avec des solutions prévisibles et uniformes. D'une certaine manière, à côté des règles qui résolvent les questions de droit applicable, les règles de coopération judiciaire internationale (compétence judiciaire internationale, assistance judiciaire internationale, reconnaissance et exécution des décisions de justice) sont appelées à faire partie de ce droit procédural spécial dans un champ large de situations internationales.

Toute initiative en vue d'une intégration requiert de conjuguer les efforts normatifs et institutionnels afin de simplifier et de préciser clairement les procédures de

²⁴*Vid.* concernant l'Amérique latine, J. Luch English, *La théorie politique de l'intégration et son application à l'Amérique latine*, Louvain, Institut de Science Politique de l'Université Catholique, 1970.

coopération. D'où l'intérêt d'unifier les législations et de réduire le nombre d'opérateurs qui agissent dans le cadre de la coopération, pour ainsi mettre en place des procédures plus simples et efficaces. Conformément aux expériences et aux besoins manifestés par les pays, ces actions peuvent être renforcées et élargies à d'autres domaines juridiques et judiciaires. L'une des activités liées à la coopération juridique et judiciaire qu'il serait bénéfique de développer porte sur les moyens à engager pour un dialogue plus fluide entre les autorités juridiques et judiciaires, pour un partage d'expériences et pour des activités de coopération horizontale permettant de parfaire le régime et le fonctionnement des institutions démocratiques. Les pays de la zone OHADAC peuvent mettre en place des mécanismes de coopération pour le développement législatif d'instruments juridiques internes.

Au fur et à mesure de l'avancement des négociations pour consolider le libre-échange dans cette zone, il apparaîtra de plus en plus nécessaire que les pays harmonisent et intègrent leur droit interne dans les domaines où le dialogue et les négociations laissent se profiler un consensus. La révision et l'harmonisation des législations nationales avec les accords internationaux conclus ou leur seule prise d'effet constitue une tâche difficile en elle-même. Elle s'avère particulièrement complexe dans les pays qui ont un degré de développement économique et démocratique moindre. Cela rend l'assistance particulièrement nécessaire. Elle peut prendre la forme d'outils de droit comparé et d'études sur les lois, les règlements et les pratiques administratives ayant le plus de succès. Ces travaux pourront être programmés selon un agenda fixé pour les pays de la zone concernée et porter sur les divers thèmes liés à l'administration de la justice. Dans ce domaine, le DIPr joue un rôle essentiel.

D) Manifestations de l'intégration caribéenne

13. L'ouverture commerciale de la Caraïbe a considérablement renforcé les nombreux liens existant à tous les niveaux qu'ils soient multilatéraux, régionaux et bilatéraux et a été confortée par la signature d'accords commerciaux entre les pays de la zone²⁵. De même, des organisations d'intégration ont pu émerger. Le renforcement des relations a mis en évidence les obstacles sérieux au processus d'intégration (*v.gr.*, conditions dans le pays d'origine et facilités pour la circulation des marchandises et du transports en autres) et leur dépassement apporterait des opportunités supplémentaires de croissance aux entreprises régionales.

Dans tous les cas, la multiplication des organisations internationales autour de la Caraïbe peut constituer soit un avantage soit un inconvénient. Certains pays font partie de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) ou du Forum Caribéen des États

²⁵*V.gr.*, le Traité révisé de Chaguaramas, portant création de la Communauté des Caraïbes ainsi que du marché et de l'économie uniques de la CARICOM, le Traité de Basseterre, portant création de l'Organisation des États de la Caraïbe orientale ou l'Accord ayant établi une zone de libre-échange entre la Communauté des Caraïbes et la République Dominicaine.

ACP (CARIFORUM)²⁶, de l'Association des États de la Caraïbe (AEC), de l'Organisation des États de la Caraïbe orientale (OECS/OECD)²⁷, du Groupe de Río ou de la Communauté d'États latino-américains et caribéens (CALC)²⁸, et ces organismes ont pour objectif l'intégration économique, même de façon partielle. Plusieurs pays appartiennent à des organisations régionales qui dépassent les frontières de la Caraïbe, mais pouvant tendre vers des objectifs similaires sur le plan de l'harmonisation juridique ou de l'intégration économique comme : ALADI, ALBA, OEA, *Commonwealth*... Cette pluralité d'organisations internationales est similaire à celle qui touche les États de l'OHADA sur le continent africain²⁹, et cela n'a pas empêché cette organisation spécifique de mettre en œuvre avec un succès indéniable un droit commercial harmonisé³⁰. Il est certain que l'OHADAC ne pourra pas jouer un rôle aussi important que l'OHADA en Afrique³¹, au moins dans

²⁶Il s'agit d'un espace de dialogue politique créé en octobre 1992 dans le but de gérer et de coordonner l'aide financière que l'Union européenne verse aux pays de la Caraïbe signataires des conventions de Lomé et de promouvoir l'intégration et la coopération dans la Caraïbe. Font partie de cet espace : Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, la Barbade, le Belize, Cuba, la Dominique, la Grenade, la Guyane, Haïti, la Jamaïque, la République Dominicaine, Sainte-Lucie, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, le Suriname et la Trinité-et-Tobago. Les territoires britanniques et néerlandais ci-après ont un statut d'observateur : Anguilla, les Antilles néerlandaises, Aruba, les îles Vierges britanniques, les îles Caïmans, Montserrat et les îles Turques-et-Caïques. Les départements français d'outre-mer situés dans la mer des Caraïbes ont également ce statut : la Guadeloupe, la Guyane et la Martinique. *Vid.* D.A. Mohammed, "The Cariforum-EU Economic Partnership Agreement: Impediment or Development Opportunity for Caricom SIDS?", *The Diplomacies of Small states: Between Vulnerability and Resilience*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009, pp. 160-177.

²⁷Cette organisation a pour membres associés les îles suivantes : Antigua-et-Barbuda, la Dominique, la Grenade, Montserrat, Saint-Christophe-et-Niévès, Sainte-Lucie et Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Elle a notamment pour objectif de promouvoir la coopération entre les États membres à la fois au niveau régional et international ainsi que l'intégration économique entre les États membres.

²⁸Il s'agit d'un organisme intergouvernemental de niveau régional qui comprend les chefs d'État et de gouvernement des pays d'Amérique latine et de la Caraïbe, qui se sont réunis lors du sommet de l'unité de l'Amérique latine et des Caraïbes, constitué par le XXI^{ème} sommet du Groupe de Río et par le II^{ème} sommet CALC (sommet de l'Amérique latine et des Caraïbes sur l'intégration et le développement), à la Riviera Maya, Mexique, les 22 et 23 février 2010. Son objectif est « d'avancer de manière résolue vers une organisation qui regroupe tous les États d'Amérique latine et de la Caraïbe. »

²⁹P. Francescakis, "Problèmes du droit international privé de l'Afrique noire indépendante", *Recueil des Cours*, t. 112 (1964-II), pp. 269-361 ; V. Babini, "Il diritto internazionale privato quale elemento di armonizzazione dei diritti dei nuovi Stati africani", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. III, 1967, pp. 302-314 ; U.U. Uche, "Conflict of Laws in a Multi-Ethnic Setting Lessons from Anglophone Africa", *Recueil des Cours*, t. 228, (1991-III), pp. 273-438.

³⁰G. Ngoumtsa Anou, "La régionalisation pour le droit: l'exemple de l'OHADA", *La régionalisation du droit international* (S. Doumbé-Billé, coord.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 189-207.

³¹C'est que l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a adopté des lois d'uniformisation du droit matériel, appelées Actes uniformes. Applicables aux rapports internes et internationaux, ces textes remplacent le droit matériel des États membres dans le domaine uniformisé. Ils font ainsi l'économie des conflits de lois et de leurs méthodes de solution, mais dans une mesure limitée. Le droit unifié est d'abord incomplet dans la mesure où il ne règle pas toutes les questions dans le domaine qu'il s'assigne, soit parce qu'il contient des lacunes, soit parce que l'ordre communautaire préfère soumettre la question à un ordre juridique extérieur. Ainsi, certains conflits de lois demeurent et ne peuvent être réglés que par le recours aux règles de conflit nationales ou communautaires. Bien plus, le droit unifié s'applique aux situations extracommunautaires par l'entremise des règles de conflit et emprunte les mécanismes du droit international privé pour assurer le respect de ses valeurs. Ainsi s'explique l'existence d'un ordre public international de l'OHADA et des lois de

un premier temps. Quoi qu'il en soit, il est nécessaire de compter sur cette pluralité d'organisations internationales et de s'appuyer sur celles-ci afin de donner à l'OHADAC une responsabilité particulière, tournée vers l'harmonisation juridique en matière commerciale, avec peut être un profil plus technique que politique, donnant le rôle le plus important aux institutions privées (Chambres de commerce et d'arbitrage) qu'aux États, au moins dans un premier temps. Cela conditionne également la stratégie pour l'harmonisation, ce qui n'appartient pas exclusivement à l'Afrique subsaharienne³².

14. Abstraction faite de la longue tradition d'intégration en Amérique centrale, justifiée par des raisons historiques, il convient de retenir que pendant le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, la production et le commerce centraméricain ont été dominés par des activités agricoles traditionnelles, dont certaines ont conduit à une grande intégration au marché extérieur comme c'est le cas du café, de la banane et du cacao. Ce processus a été beaucoup plus intense pour le Guatemala, El Salvador et le Costa Rica, et à un moindre degré il a existé au Nicaragua et au Honduras. Parmi les autres aspects, il s'agissait de favoriser la croissance des activités industrielles qui permettaient le remplacement des importations et qui dans le même temps, diversifiaient la production offerte par l'Amérique centrale. Quant au Panama, il a fait dès le départ le choix de l'économie de services (liés au canal et au secteur financier), dans une dynamique différente du processus d'industrialisation par substitution.

Fondé au début des années soixante du siècle dernier, le Marché commun centraméricain est le plus ancien des groupes d'intégration de la région. Il comprend le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua. À la fin des années soixante-dix et pendant la décennie des années quatre-vingt, ce Marché a été touché par une instabilité politique de plusieurs États membres ce qui a influé sur son développement postérieur et sur sa propre crise. Toutefois, les entreprises de l'isthme ont joué un rôle important dans l'essor des exportations, et leurs initiatives sont significatives en matière de produits et de services compétitifs capables de relever les défis de la concurrence internationale. En 1993 les pays de la sous-région se sont engagés à parvenir à fixer un tarif douanier extérieur commun qui devait être adopté selon un rythme différent et devait fluctuer entre un et quinze pour cent. En 1995, l'accord sur le tarif douanier extérieur a inclus pour la première fois le secteur des produits agricoles.

Parallèlement à ces expériences d'intégration économique régionale, six États centraméricains (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua et Panama) ont mis en place conformément au Protocole de Tegucigalpa, du 13

police communautaires, à l'image de ce que l'on observe dans le droit de l'Union européenne. On constate alors l'émergence d'un droit international privé de l'OHADA, appelé à se développer en matière de conflits de lois et de juridictions. En comparant l'OHADA à l'expérience européenne, l'ouvrage s'attache donc à déterminer l'incidence de l'intégration juridique sur le droit international privé. *Vid.* G. Ngoumtsa Anou, *Droit OHADA et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 2013.

³²P. Gannagé, "Observations sur la codification du droit international privé dans les États de la Ligue arabe", *Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 105-123.

décembre 1991, le Système d'intégration centraméricain (SICA), dont le fonctionnement a débuté en 1993. Ce système est composé, quant à lui, de quatre sous-systèmes d'intégration dans les domaines économique, social, culturel et politique. Inévitablement, le premier est le plus important et pose comme principe de base le Protocole au Traité général d'intégration économique centraméricaine, signé au Guatemala le 29 octobre 1993. Les objectifs en matière économique et commerciale sont exprimés dans des termes relativement génériques. Concrètement, le SICA vise à parvenir au bien-être et à la justice économique et sociale de tous les peuples centraméricains, à permettre une union économique et à vivifier le système financier centraméricain. Il vise également à renforcer la région pour en faire un bloc économique capable de s'insérer avec succès dans l'économie internationale.

Suite à une période léthargique, l'intégration dans la zone d'Amérique centrale a permis des avancées notables au cours des six sommets présidentiels de la région. Le succès le plus significatif est l'Accord-cadre pour l'établissement de l'union douanière centraméricaine signé le 12 décembre 2007 par les Ministres de l'Économie, du Commerce Extérieur ou de l'Industrie. L'Accord-cadre établit et confirme la volonté de créer une union douanière sur son territoire, conformément à l'Accord général sur le tarif douanier et le commerce (GATT) et à l'organisation qui lui succédera, l'Organisation mondiale du commerce. L'accord comprend VII titres et trente articles. Son application interviendra de façon graduelle et progressive. N'ayant pas de durée de validité, il est donc à durée indéterminée et est ouvert à la signature de tout pays membre du SICA, celui qui adhère doit déposer l'instrument d'adhésion auprès du Secrétariat Général du SICA.

15. La Communauté des Caraïbes (CARICOM) rassemble les États suivants : Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Dominique, Grenade, Guyana, Jamaïque, Montserrat, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Trinité-et-Tobago et Suriname. Le Marché commun des Caraïbes a été créé par le « Traité de Chaguaramas » signé par la Barbade, la Jamaïque, le Guyana et la Trinité-et-Tobago. Il est entré en vigueur le 1^{er} août 1973³³. Ensuite, les huit autres territoires caribéens sont entrés dans la CARICOM. Les Bahamas sont devenues, le 4 juillet 1983, le 13^{ème} État membre de la Communauté. En juillet 1991, les Îles Vierges britanniques et Turques et Caïques sont entrées comme membres associés de la CARICOM. Douze autres États d'Amérique latine et des Caraïbes sont membres observateurs dans diverses institutions de la Communauté et conseils ministériels de la CARICOM. Le 4 juillet 1995, le Suriname est devenu le 14^{ème} État membre de la communauté. L'ensemble de ces pays compte un total de 6 millions d'habitants. La Communauté met actuellement en place la seconde phase de son Tarif Extérieur Commun dont l'objectif visait à fixer des tarifs entre cinq et vingt pour cent pour 1998. La CARICOM a signé des accords de commerce avec la Colombie, le Mexique, la République Dominicaine et le Venezuela et ses pays

³³A. Payne, "The Rise and Fall of Caribbean Regionalisation", *Journ. of Common Market Studies*, vol. XIX, 1981, pp. 225-280 ; H.S. Gill, "Caricom: origen, objetivos y perspectivas de integración en el Caribe", *Integración Latinoamericana*, n° 191, 1993, pp. 37-44.

reçoivent un traitement préférentiel dans les échanges avec les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne.

En 1995, l'Association des États de la Caraïbe a été créée (AEC), et elle lie étroitement les pays de la Caraïbe avec ceux d'autres régions comme ceux du nord de l'Amérique du sud et de l'Amérique centrale ainsi que le Mexique. Elle réunit vingt-cinq pays et douze territoires du bassin Caraïbe. Les zones prioritaires d'action de l'AEC portent sur le tourisme et le transport tant intra qu'interrégional. L'AEC constitue d'une certaine manière une réaction face aux processus d'intégration et aux processus de globalisation. Sa création émane de l'initiative des pays de la CARICOM, soutenus principalement par les pays du Groupe des Trois³⁴.

La création du Marché commun de la Communauté des Caraïbes a été le résultat d'un effort de 15 ans pour remplir l'espoir d'une intégration régionale qui est née avec la création de la Fédération des Antilles Britanniques en 1958. Dans le domaine économique, la Région a maintenu le même statut pendant des années et, durant cette période, le libre-échange n'avait pas encore été institué entre les États membres. La Fédération des Petites Antilles s'est achevée en 1962, ce qui sur de nombreux aspects, doit être considéré comme le véritable commencement de ce qui est aujourd'hui la Communauté des Caraïbes. Les leaders politiques de la Caraïbe, forts de l'existence et du renforcement de la coopération mise en place durant la Fédération et qui a subsisté après le démantèlement de celle-ci, ont engagé des efforts très sérieux pour renforcer les liens entre les îles et le continent.

16. Il faut se référer à l'Initiative pour le bassin de la Caraïbe (ICC en espagnol), adoptée en 1984, qui instaure un avantage unilatéral concédé par les États-Unis portant sur un accès préférentiel des exportations (soit libres de tout droit de douane, soit moins taxées que les exportations des autres pays) en provenance des pays d'Amérique centrale et de la Caraïbe vers les États-Unis. À l'origine, les textiles étaient exclus de l'accès préférentiel de l'ICC. Aussi, quand l'ALENA est entré en vigueur, les exportations de textiles de toute l'Amérique centrale ont souffert un désavantage par rapport aux exportations mexicaines. En 2000, les pays centraméricains et de la Caraïbe ont obtenu des États-Unis d'inclure les exportations des textiles et du thon dans les préférences de l'ICC par le biais de la Loi sur le partenariat commercial avec le bassin des Caraïbes (CBTPA). L'objectif de l'Amérique centrale était de parvenir à signer un traité de libre-échange avec les États-Unis, du fait de la précarité de l'ICC et des désavantages qu'elle supportait par rapport à d'autres pays comme le Mexique et le Canada³⁵.

En septembre 2001 les gouvernements des pays centraméricains et des États-Unis ont convenu d'engager une phase exploratoire en vue du lancement officiel de négociations afin de parvenir à un accord de libre-échange. À partir de 2002 se sont tenus dans différentes villes d'Amérique centrale et de États-Unis, une série

³⁴E.E. Espinosa Martínez, "La Asociación de Estados de Caribe: una nueva realidad institucional", *Economía y Desarrollo*, vol. 126, n° 1, 2000, pp. 71-96.

³⁵A.P. Gonzales, "Caricom and Strategic Adjustment Options in the Post-Lomé World", *Les relations ACP/UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 3-27.

d'ateliers techniques et qui ont donné lieu à des échanges d'information sur divers thèmes commerciaux ce qui a facilité la définition postérieure du cadre des négociations futures. Sur la base de ce processus, les pays ont convenu de commencer des négociations sur un traité de libre-échange qui, officiellement, a été lancé le 8 janvier 2003. La négociation a été complexe et s'est déroulée au travers de plusieurs tables rondes successives. Du fait du système d'intégration qui existait à l'époque en Amérique centrale, les États centraméricains ont dû mener des réunions de coordination afin d'adopter une position commune autour de la table des négociations. Les pays centraméricains ont abouti dans leur négociation en décembre 2003. Au cours du processus de négociation, la République Dominicaine a fait part de son intérêt pour se joindre au Traité de Libre-Échange entre l'Amérique centrale et les États-Unis, ce qui fut reçu positivement par les six autres pays. Ainsi, suite aux négociations entre l'Amérique centrale et les États-Unis, la République Dominicaine a accepté les champs préalablement négociés par ces six pays et a signé les accords avec les États-Unis et l'Amérique centrale sur l'accès de leurs produits sur ces marchés et vice-versa³⁶.

17. Le Traité de Libre-Échange entre la République Dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis a été signé par les sept États parties, le 5 août 2004. L'accord de libre-échange entre les États-Unis, l'Amérique Centrale et la République Dominicaine (DR-CAFTA), à l'instar d'autres accords, présente des règles qui sont réitérées par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Elle crée une libéralisation commerciale à partir des postulats et insère des dispositions prévues dans l'intégration centraméricaine, et dont la majorité s'appliquent de façon multilatérale. De ce fait, le DR-CAFTA améliore la réglementation centraméricaine, ce qui est en même temps bénéfique pour les relations commerciales dans la région. Dans cet instrument, les changements législatifs que les pays centraméricains doivent effectuer pour l'entrée en vigueur du traité sont identifiés. Ces changements portent principalement sur les services, les télécommunications et la propriété intellectuelle. Il reste à espérer que l'ouverture plus grande de la région et l'amélioration de la réglementation induite par la signature du DR-CAFTA apportent davantage d'opportunités d'investissement, d'échange et d'emploi entre les pays signataires.

L'entrée en vigueur du Traité a posé comme condition aux pays parties d'instaurer un processus complexe de réforme législative afin d'ajuster leurs réglementations respectives aux standards internationaux les plus récents en matière commerciale. Les dispositions du traité sont la conséquence de l'évolution de la législation commerciale internationale. Aussi au départ les travaux de réforme se sont déroulés de façon conjointe, et dans un second temps le travail a été mené de façon bilatérale entre chaque pays et les États-Unis.

³⁶En août 1998, la République Dominicaine et les pays de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) ont signé l'accord pour la mise en place d'une zone de libre-échange entre les deux parties. La résolution 38-01 du congrès national a ratifié cet accord en février 2001. *Vid.* J.C. Fernández Rozas et L. Contreras, *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 197 *et seq.*

E) Contribution du droit international privé

18. L'apparition de projets régionaux d'intégration économique et politique a été l'une des réalités qui a rapidement mis en évidence le besoin de dépasser la référence nationale pour formuler l'objet du DIPr³⁷. En ce sens, les phénomènes d'intégration imposent de faire un pas de plus vers le syllogisme suivant : vu que le DIPr pallie des distorsions juridiques dans l'espace provoquées par une diversité de causes, il convient de prendre en compte que son objet ne porte pas sur une situation privée hétérogène uniforme mais plutôt sur diverses « situations privées hétérogènes » auxquelles le DIPr doit donner une réponse particulière. Et cette nécessité apparaît avec davantage de clarté, mais pas de manière exclusive, dans le cas de l'intégration européenne qui ne poursuit pas seulement un objectif juridique propre : elle se fonde sur l'objectif juridique d'intégration mais également sur un ordre juridique autonome et complet avec ses propres sources et dont la vocation est d'être appliqué dans l'espace délimité fonctionnellement par le fait qu'il couvre des situations privées « d'intégration » ou « intracommunautaires »³⁸. Prenant en compte la classification proposée par S. Alvarez González, une fois reconnue la « fonction de délimitation » de l'objet du DIPr, la diversité de l'hétérogénéité qui le caractérise permet de profiler la « fonction normative » de ce dernier³⁹.

La mise en marche d'un processus d'intégration fait que le rôle du droit et, en particulier, du DIPr, recouvre une importance essentielle⁴⁰ : l'intégration, en tant qu'objectif fonctionnel, recourt à cet ordre pour être efficace afin de favoriser l'identité culturelle des individus à travers le respect de la diversité juridique, en même temps qu'il harmonise les solutions en les rendant plus prévisibles. Autrement dit, le DIPr constitue une « unité fonctionnelle » qui est étroitement liée aux principes et aux libertés générées par l'établissement et le fonctionnement d'un organisme supranational⁴¹ ou d'une zone de libre-échange.

Parallèlement tout phénomène d'intégration régionale a des répercussions substantielles sur la réglementation des situations juridiques concernant plus d'un ordre juridique national et des situations dites de relations privées internationales, l'intensité de la répercussion étant en relation directe avec le niveau des objectifs atteints. Partant d'une classification fonctionnelle très basique, mais valable dans le cadre de notre démonstration, nous pouvons opérer une distinction entre la zone

³⁷J.C. Fernández Rozas, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de DIPr*, n° 9, 2000, pp. 7-32.

³⁸C. Kessedjian, "Le droit international privé et l'intégration juridique européenne", *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E Nygh* (T. Einhorn & K. Siehr, eds), La Haye, TMC Asser Press, 2004, pp. 192 *et seq.*

³⁹S. Alvarez González, "Objeto del DIPr y especialización normativa", *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151.

⁴⁰C. Mouly, "Le droit, peut-il favoriser l'intégration européenne?", *Rev. int. dr. comp.*, 1985, pp. 895-945 ; V. Heutger, "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration", *European Review of Private Law*, vol. 10, 2002, pp. 857-864.

⁴¹E. Jayme et C. Kohler, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 15-16.

de libre-échange, l'union douanière, le marché commun, l'union économique et l'intégration globale. Bien entendu, chacune de ces catégories résulte de la somme qualitative des éléments suivants : suppression des taxes douanières, tarif douanier extérieur commun, politiques commerciales communes, politiques économiques communes et politiques globales communes (en matière de défense, de relations étrangères, d'industrie, de monnaie). Inutile de dire que le rôle du DIPr est très différent à chacun de ces niveaux et qu'il apparaît particulièrement important à partir de l'étape du marché commun – en marge d'une sorte d'harmonisation des législations produite par le processus – et qu'il devient un élément indispensable lors de la dernière phase du processus⁴². Ainsi, dans certains modèles basiques d'intégration, l'affectation aura des répercussions directes dans les règles de droit administratif économique des États membres, mais au fur et à mesure que le phénomène d'intégration s'accroît, ces règles auront des répercussions décisives sur le droit privé, et plus particulièrement sur le droit de propriété. Enfin la transition entre l'intégration économique et l'intégration politique conduit à des effets dans tous les secteurs de l'ordre juridique, y compris en droit des personnes.

Si le DIPr est un ordre juridique régulateur des situations privées internationales, en lien avec un système national déterminé et concret, il s'avère indéniable que tout processus d'intégration puisse supposer une transformation substantielle de son objectif traditionnel. L'intégration tend à produire dans ce contexte trois altérations de base⁴³ : dans un premier temps, elle conduit à une véritable mutation de quelques principes de base du DIPr qui n'est rien d'autre que le phénomène de « frontière ». Dans un second temps, le pluralisme des systèmes est également altéré du fait que le processus d'intégration marque une tendance à l'unification des législations dans le secteur de la production. Enfin, compte tenu que tout projet de « droit communautaire » conduit en général à faire apparaître de nombreuses lacunes, la nouvelle organisation a tendance à codifier directement certains domaines du DIPr.

19. L'exemple paradigmatique qui illustre que le besoin d'intégration s'accompagne des préceptes indispensables du DIPr nous est fourni par le contrat international qui par excellence constitue le moyen par lequel les transactions économiques transfrontalières sont élaborées. Les solutions internes en matière contractuelles ne permettent pas de se confronter solidement aux contrats internationaux. Il s'avère indispensable de pouvoir compter sur une réglementation appropriée selon la dimension internationale couverte. Concernant spécifiquement l'OHADAC, il existe un vide juridique qui jusqu'à ce jour se caractérise par un droit positif qui n'est pas compensé par des solutions jurisprudentielles susceptibles d'apporter une sécurité suffisante aux opérateurs commerciaux. Il est certain qu'il existe une adhésion majoritaire à la Convention de Vienne de 1980 relative au contrat de vente de marchandises et à certains autres instruments

⁴²Vid. J.M^a Gondra Romero, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)", *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, Civitas, 1986, pp. 275-312.

⁴³J.C. Fernández Rozas, "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *loc. cit.*, pp. 785-786.

internationaux. Toutefois, cette législation s'avère insuffisante pour se confronter à la complexité des contrats internationaux qui requiert des normes de DIPr qui sont inexistantes dans ces pays, sauf le Venezuela qui constitue une exception notable.

Des solutions sont nécessaires pour établir un climat de confiance favorable à la passation de contrats par des étrangers conformément aux principes de la *lex mercatoria*, tout en respectant les intérêts des contractants caribéens ainsi que les normes de l'ordre public économique. Ces solutions doivent aussi respecter un traitement équitable des nationaux par les tribunaux de la Caraïbe. Ce climat pourrait avoir été favorisé par l'entrée des pays de la zone de la Convention de Mexico de 1984 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, qui a été élaborée au sein de la CIDIP (dont seuls le Mexique et le Venezuela font partie). Toutefois, étant donné que ce n'est pas le cas, il ne faut pas rechigner sur les solutions mises en place par le présent instrument juridique, modèle de droit comparé, et il faut étudier la possibilité d'introduire ces solutions dans le DIPr des pays de l'OHADAC, peut-être par le biais d'une loi type⁴⁴.

⁴⁴*Vid. infra*, **art. 45 et seq.** de la présente loi.

2. *Essor régional des relations de droit privé international*

A) Facteurs contraignants

20. Tout processus d'intégration finit par requérir inexorablement une coopération judiciaire entre les États en matière civile et commerciale qui va en s'accroissant au fur et à mesure que les besoins du processus l'imposent. En dehors des questions strictement commerciales, ces dernières années la Caraïbe connaît un accroissement sans précédent de problèmes dus aux relations internationales et auxquels les législateurs nationaux doivent prêter une attention particulière. Pour ce faire, il convient d'établir des règles précises de DIPr qui apportent une réponse aux problèmes ponctuels dans les domaines suivants : mouvements migratoires avec toute la charge personnelle et familiale qu'ils posent, développement du tourisme et augmentation du commerce extérieur et de l'activité d'investissement.

21. Face aux *mouvements migratoires* et aux intégrations économiques régionales, le besoin de créer des frontières juridiques voire même physiques, continue de faire débat dans les relations transfrontalières. Le phénomène de l'immigration implique un grand défi quant à l'impact économique et social que ce mouvement humain produit. En effet, il faut que le pays d'accueil, tout en protégeant les éléments de sa propre identité et de sa cohésion nationale, puisse concilier son propre progrès dans le plein respect des droits humains et qu'il puisse répondre aux attentes des immigrants et de leur famille quant au respect de leur droit à une vie digne. À côté des règles qui régissent l'accès et l'installation des étrangers dans les divers États, et qui constituent une question à encadrer juridiquement en droit public, il faut des règles de droit privé destinées aux étrangers déjà établis et qui, tout en suivant le schéma posé par le droit comparé, opèrent un choix fondamental. Un choix entre l'application de la loi nationale des étrangers ou l'application de la loi du pays d'accueil ou de celle d'un pays tiers pour toutes les questions juridiques qui touchent au cercle personnel et familial des personnes, y compris les situations déterminantes aussi pour son patrimoine, comme c'est le cas de la capacité juridique pour passer des actes ayant des effets juridiques. Sans entrer dans d'autres considérations sur le plan technique qui seront abordées ultérieurement, il convient de voir une fois pour toutes si les solutions traditionnelles fondamentales proposées par la loi nationale des personnes répondent correctement au modèle normatif élaboré au XXI^e siècle.

Répondre à cette question dans un contexte d'immigration croissante pourrait revenir à reprendre la dichotomie classique qui requiert de façon simpliste l'application de la loi du lieu du domicile dans un but d'intégration face à l'application de la loi de la nationalité ancrée dans l'État d'origine. Si le diagnostic est précis, l'immigration croissante opterait pour l'application de la loi du domicile des personnes (les immigrants et les propres nationaux résidant dans l'espace de la Caraïbe). Toutefois, cela n'est pas aussi simple. Après des décennies de controverses théoriques et de choix législatifs, la recherche d'un juste équilibre a conduit les systèmes actuels à opter pour des solutions « prédominantes » basées sur le domicile ou « prédominantes » basées sur la nationalité, mais pas pour des systèmes en soi. Cela serait sans compter sur l'introduction ces dernières années d'un principe de

marque primordial : l'autonomie de la volonté qui sous certaines conditions permet à l'intéressé de choisir soit d'être intégré à la loi de son domicile, soit de rester lié à son droit d'origine. Nous verrons ci-après comment cette idée prend forme dans la loi type.

22. Le territoire de l'OHADAC, grâce à sa situation géographique privilégiée dans la Caraïbe, jouit de nombreux endroits particulièrement attractifs et intéressants pour l'*industrie du tourisme* pour ses belles plages et ses paysages magnifiques. La mise en œuvre de règles sur les étrangers en vue de faciliter le tourisme reflète l'intérêt national pour le développement d'une activité commerciale, majoritairement privée, qui constitue parfois une source importante de revenus moteur des économies nationales. Cela conduit à instaurer un statut particulier du touriste comme principe fondamental du développement de l'industrie de caractère entrepreneuriale privée⁴⁵.

De nos jours, le tourisme des étrangers est un phénomène qui fait partie de la vie quotidienne des Caribéens, car il influe en grande partie sur leurs revenus économiques et sur leur mode de vie aussi. Les touristes étrangers consomment généralement en euros ou en dollars ou changent leur monnaie ce qui conduit à l'introduction de devises dans l'économie nationale et permet aux pays de la région d'accéder à des services et des produits qu'ils ne produisent pas. Toutefois, le séjour de millions de touriste, même s'il est de durée limitée, pose de gros problèmes qui doivent être résolus sur le plan macroéconomique, comme l'augmentation de vols aériens étrangers ou l'introduction de devises. Sur le plan écologique, ce n'est pas un hasard si la majorité des hôtels de la région est entre les mains d'étrangers, le tourisme accentuant la destruction de la faune et de la flore des zones touristiques et générant des problèmes de pollution et de flux de circulation. Enfin, il y a des conséquences sur le plan juridique strictement au niveau du droit privé⁴⁶.

La situation telle qu'elle est requiert l'établissement d'un cadre juridique afin d'offrir une sécurité juridique aux étrangers qui pratiquent des transactions de type contractuel. Une attention toute particulière doit être apportée au contrat du tourisme international qui revêt une forte complexité car il implique des franchises hôtelières, la vente de marchandises, le transfert de technologie et des relations de travail, sachant que l'immense majorité des travailleurs qui prêtent leurs services aux entreprises touristiques étrangères sont des Caribéens. Vu l'ampleur des contrats liés au tourisme, il convient d'ajouter que l'on peut de moins en moins ignorer que le touriste est un consommateur et qu'en tant que tel il bénéficie de droit spécifique et d'un certain privilège juridique face au professionnel avec qui il traite.

Toutefois, le tourisme n'appelle pas seulement des solutions de type contractuel soit entre professionnels du secteur soit entre professionnels et touristes consommateurs. La destruction potentielle de l'environnement par l'industrie

⁴⁵Concernant l'expérience espagnole, *vid.* N. Downes Peirú, "Reflexiones en torno al turismo en el Derecho internacional privado español", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, n° 18, 2001, pp. 117-136.

⁴⁶M.C. Belderrain Boer, "Globalização e Turismo: efetose tendências", *Relações internacionais & globalização: grandes desafios* (O. de Oliveira, coord.), 2^{ème} éd. Ijuí: Ed.Unijuí, 1999, pp. 285-318.

hôtelière, l'augmentation des accidents de circulation causés par des touristes étrangers et l'inexécution des conditions de séjour des touristes, plus particulièrement des voyages dits combinés, imposent une réglementation précise dans laquelle la dimension extracontractuelle joue un rôle important.

23. Avec l'ouverture au commerce international, l'économie de nombreux pays de la Caraïbe s'est acheminée, à partir du phénomène de privatisation des entreprises, vers une politique manifestement libérale sauf pour les secteurs revenant exclusivement à l'État. Parallèlement, ces dernières années, des réformes législatives et une déréglementation administrative ont été opérées afin d'attirer les capitaux étrangers productifs pour ainsi augmenter l'offre et la qualité des emplois, accroître les exportations et améliorer les conditions d'un transfert de technologie effectif. Sur le plan juridique, l'adaptation à la globalisation et au commerce international des transactions privées ont conduit à modifier et à simplifier des centaines de lois, tout en essayant d'éliminer les barrières au développement du commerce. Fondamentalement, celles-ci se réfèrent au transfert de technologies, de marques et de brevets, ainsi que d'investissement étranger.

L'accroissement du commerce extérieur mérite une réflexion spécifique car il s'agit d'un indice de la croissance économique dans la zone OHADAC et du niveau d'intégration dans l'économie internationale. En outre, il conduit à entrer dans l'économie de marché et à libéraliser l'économie, des processus graduels introduits dans les années quatre-vingt-dix et 2000 et qui ont été accentués et renforcés lors de la dernière décennie, quand les États de la zone ont signé des accords importants de libre-échange avec les États-Unis et l'Union européenne. L'ouverture en question au commerce international et la politique d'attraction des capitaux étrangers menée par les États de la région n'impose pas seulement de procéder à des réformes législatives et à une déréglementation administrative sur le plan du droit public, mais également d'adapter les règles de conflit régissant les transactions privées qui sont contenues dans les grands corpus comme le code civil ou le code de commerce. Il s'agit, surtout, de répondre aux nouveaux besoins en matière de propriété intellectuelle ou de protection de la concurrence sur des marchés qui se sont progressivement internationalisés. Il s'agit aussi de déterminer la loi qui reconnaîtra et protégera un droit ou la loi qui fixera les règles du jeu applicables aux nouveaux opérateurs économiques et sur lesquelles ils pourront prendre leurs décisions sans entraver le libre jeu de la concurrence, ni porter atteinte de façon déloyale à leurs concurrents réels ou potentiels.

24. Les investissements risquent de dépasser le seul cadre juridique national des États du fait de la délocalisation des investissements dans un autre pays. Prendre la dimension de cette activité révèle une caractéristique de la production internationale, car c'est par elle que l'on cherche à augmenter les bénéfices des investisseurs. Les investisseurs s'orientent vers des endroits où la réglementation sur les émissions de déchets, le droit du travail, les impôts et les salaires sont les plus favorables, afin d'obtenir une marge bénéficiaire accrue. Tout cela implique de remettre entre les mains des États, qui reçoivent l'investissement, une analyse présentant des difficultés où se mêlent à la fois des critères politiques et économiques et des critères strictement

juridiques comme, entre autres, l'impact de l'investissement sur l'environnement, le domaine d'application de la protection de la propriété intellectuelle et les effets de la législation du travail. L'existence d'un environnement favorable à l'investissement impose, aussi, de préciser la portée de l'ordre public économique, les principes irréfutables pour les États de la zone, la prévention et la lutte contre la corruption, la réforme du régime fiscal et, en tout cas, la réduction des obstacles bureaucratiques et commerciaux⁴⁷. Les législateurs caribéens doivent être très conscients de la nécessité de créer les conditions adéquates afin que le secteur privé assume le rôle moteur de l'investissement et la captation du capital étranger est un élément clé de cette stratégie. Pour ce faire un cadre légal, offrant des incitations et des garanties aux investisseurs étrangers et soutenant l'éventuel rapatriement de l'investissement et de ses produits, s'avère nécessaire. En outre, une sécurité juridique est requise non seulement pour les cas concrets des investisseurs mais également pour les indices déjà mentionnés et qui sont directement liés à la production, à la destination des investissements et, surtout, à la résolution des conflits entre les mains de toutes les parties concernées (décision devant les tribunaux, mais aussi devant les arbitres hautement spécialisés sur ces questions).

Une telle orientation n'est pas incompatible avec le fait que l'État se réserve une série d'actions ayant pour objet d'éviter les éventuels effets déstabilisateurs provoqués par le retrait massif et simultané de capitaux spéculatifs. Cela nécessitera que les investissements en portefeuille sur le marché des capitaux restent déposés sur une durée minimum. Dans ce contexte des pas importants ont été franchis tant dans le domaine de la réglementation de l'investissement étranger et de la politique parallèle de signature d'accords de protection et de promotion réciproque d'investissement, que dans le domaine des réformes du cadre juridique régulateur pour les secteurs de l'infrastructure⁴⁸.

En tout cas, il convient de signaler une certaine modernisation de la législation relative au commerce international surtout en ce qui concerne l'arbitrage commercial⁴⁹. Précisément l'existence de nombreuses règles dans ce domaine

⁴⁷A. Calderón Hoffmann, "Foreign Direct Investment in Latin American and the Caribbean; an Assessment at the Start of the New Millenium", *Foreign Direct Investment in Latin American: The Role of European Investors*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 2001, pp. 17-41 ; J.P. Tuman & C.F. Emmert, "The Political Economy of U.S. Foreign Direct Investment in Latin America: A Reappraisal", *Latin American Research Rev.*, vol. 39, n° 3, 2004, pp. 9-28 ; J.D. Daniels, J.A. Krug et L. Trevino, "Foreign Direct Investment from Latin America and the Caribbean", *Transnational Corporations*, vol. 16, n° 1, 2007, pp. 27-54.

⁴⁸R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, London, M. Nihjoff Publishers, 1995; G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, pp. 251-460 ; J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.

⁴⁹J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008 ; A.M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, pp. 293-321 ; H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", *Arb. Int'l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146-148 ; R. Layton, "Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 *et seq.* ; D.E. González, G.F. Hritz, M. Rios et R.C. Lorenzo, "International Arbitration:

basées, fondamentalement, sur la ligne tracée par la loi type de la CNUDCI de 1985, modifiée en 2006, justifie pleinement l'exclusion de l'arbitrage commercial international du champ de la présente loi type, même si sur le plan purement matériel elle entrerait parfaitement dans le cadre de cette initiative normative. Généralement, la législation de DIPr ne s'intéresse pas à l'arbitrage mis à part le cas de la Suisse, dont la complexité structurale fédérale l'a contrainte à prendre en compte expressément cette question par la Loi de DIPr de 1987, et ce bien avant que l'arbitrage interne soit régi par le code de procédure civile. Même la législation vénézuélienne de DIPr, ayant une tendance à l'expansion, exclut l'arbitrage de son champ d'application et suit le modèle pratiquement non remis en cause, surtout en Amérique latine, d'une loi spéciale d'arbitrage. Le code de DIPr panaméen de 2014 auquel nous nous référons ci-après, est un autre exemple des inconvénients que constitue l'insertion de cette matière.

Il n'en est pas ainsi avec les règles qui régissent les situations dans lesquelles les tribunaux des États membres de l'OHADAC vont avoir compétence judiciaire internationale pour exercer légitimement leur juridiction. La présente loi type, dans ce cas, traite en détail de ces règles.

B) Contribution du droit international privé

25. Tel que cela a été avancé dans l'analyse de chaque facteur étudié, une réponse globale requiert de mettre à disposition de chaque État, de ses opérateurs juridiques et de tout individu ou personne morale spécifiquement visée, un bloc normatif intégré avec des règles modernes et simples adaptées aux exigences de notre temps et aux modèles créés par la globalisation en général et les mouvements régionaux d'intégration en particulier. Dans ce bloc normatif, accompagné de mesures principalement publiques ou de relation verticale entre l'État et l'opérateur juridique privé, il faut des règles concrètes qui apportent des réponses claires et prévisibles aux spécificités de l'internationalité des relations entre particuliers. Il faut également des règles de DIPr qui traitent des aspects relatifs à la compétence judiciaire internationale des tribunaux caribéens en matière de litiges avec des entreprises étrangères, entre entreprises étrangères, ou simplement entre particuliers, indépendamment de leur nationalité, tout en appliquant la dose suffisante d'internationalité. Il faut également des règles de DIPr spécifiques pour déterminer le droit applicable aux transactions transnationales, mais aussi aux questions que le simple caractère d'extranéité de la situation soulève et qui ne sont pas nécessairement soumises à la loi locale, comme c'est le cas dans les relations de famille. Et enfin, il faut des règles qui traitent de l'efficacité des décisions de justice étrangères dans les pays et les territoires. C'est de cette manière que chaque pays de la zone pourra avancer dans le poste attribué par la Corporation Financière Internationale dans le rapport *Doing Business* 2014.

Practical Considerations with a Latin American Focus”, *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33-43 ; R. Santos Belandro, “Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editora Jurídica Chile, 2006, pp. 553-565.

Pour réaliser cette tâche et comme principe général, les législateurs nationaux disposent d'une grande marge d'appréciation. Dans ces domaines, les limites imposées par les normes de droit international général sont très réduites, face à la réglementation en droit de la nationalité et en droit du statut des étrangers. Ces limites émanent, logiquement, de la norme internationale sur les droits et les libertés de la personne humaine qui se matérialisent, d'une part, dans le respect des principes de légalité, de sécurité juridique et, plus particulièrement, d'égalité, prohibant toute discrimination juridique pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion entre autres⁵⁰ ; et, d'autre part, dans le respect du droit de toute personne à se voir reconnaître la personnalité juridique, ce qui lui assure la protection de ses droits par les tribunaux et se matérialise dans l'égalité procédurale de l'étranger (accès à la justice) quand il comparait devant une juridiction nationale. De son côté, le droit international public pose également quelques limites au législateur national quant à l'établissement de règles de compétence de ses juridictions nationales relatives à leur saisine en présence d'éléments d'extranéité. Ces limites sont la manifestation la plus criante du principe d'immunité de juridiction et d'exécution de l'État étranger, de ses institutions et de ses agents.

Hors de ces limites, le pouvoir d'appréciation est la règle et cette règle ne peut être tempérée que pour des raisons humanitaires, de réciprocité et, surtout, pour des raisons de courtoisie internationale découlant du devoir de coopération effective des États quant à l'exercice international de la justice.

26. Le DIPr est depuis longtemps un instrument essentiel pour régir les relations entre les personnes et les patrimoines internationaux. Il facilite la mobilité des personnes et l'échange des biens et des services. Il promeut l'intégration et combat aussi les activités transfrontalières illicites. Pris au sens large, il définit l'ensemble des règles juridiques qui régissent les relations entre les personnes de droit privé. Toutefois, il convient de préciser en vue de la compréhension du contenu de la loi type présentée, que l'expression « Droit international privé » ne revêt pas le même sens dans tous les États. Dans certains États, elle comprend les règles de conflit des lois (désignation de la loi applicable aux situations de droit international privé). Dans d'autres États, il comprend en plus les règles relatives à la compétence des juridictions, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de justice étrangères. Ces règles relatives à la loi applicable, à la compétence juridictionnelle internationale, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de justice étrangères apportent des solutions aux difficultés posées par une même situation pouvant être rattachée à divers systèmes juridiques et judiciaires. Ces règles révèlent des corrélations précises qui plaident en faveur d'un DIPr à la croisée de toutes.

Les règles de DIPr trouvent leur origine dans la loi, la jurisprudence et la doctrine de chaque État. Malgré son nom, le DIPr est, en principe, un droit purement national.

⁵⁰R. Badinter, "L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste", *Revue universelle des droits de l'homme*, 1989, pp. 1 et seq. ; M. Bedjaoui, "La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité", *ibid.*, pp. 5 et seq. ; J.A. Carrillo Salcedo, "El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso", *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 39–53.

Certaines de ces règles nationales peuvent être uniformisées par des conventions internationales ou des instruments élaborés au sein d'organisations internationales, à l'échelle mondiale, *v.gr.*, la Conférence de La Haye de DIPr ou, dans le contexte panaméricain, la Conférence Spécialisée de DIPr.

L'existence du DIPr se justifie par la pluralité de systèmes juridiques et d'organisations juridictionnelles qui coexistent dans un contexte de relations internationales et, précisément, l'une des fonctions principales réside dans l'établissement d'un ensemble de réponses juridiques à ce pluralisme⁵¹. Si un tel pluralisme n'existait pas, du fait de l'unification du droit des différents États, il ne servirait à rien que le législateur s'occupe de résoudre ces questions en élaborant un système normatif de DIPr. Et ce système normatif ne servirait à rien, non plus, si les relations juridiques demeuraient circonscrites à un système juridique déterminé, sans aucune connexion avec l'étranger. Un pays qui ne connaît pas de commerce extérieur, qui n'accueille pas d'immigrants ou d'autres étrangers pour des séjours de courte durée, qui n'a pas de ressortissants émigrants vivant à l'étranger, qui ne reçoit pas un flux significatif d'investissement étranger, n'a pas de problèmes spécifiques liés aux relations de droit international privé et, par conséquent, n'a pas besoin d'un ensemble de normes qui offrent une réponse à ces problèmes. Cette situation s'est produite dans beaucoup d'États, non seulement en Amérique latine et dans la Caraïbe mais aussi à d'autres latitudes. Cependant, l'isolement et l'autarcie ont été dépassés de façon indéfectible par l'actuelle internationalisation généralisée des relations juridiques de droit privé. Aujourd'hui, il est pratiquement impossible de trouver un État au sein duquel l'internationalisation n'a pas pris pied dans les relations privées. Ce fait n'a toutefois pas conduit à une identité de réponse de la part des législateurs, bien au contraire. Le droit comparé nous met en garde contre la diversité des modes de réglementation : en partant du silence absolu de certains législateurs et en allant jusqu'à l'existence d'un droit national détaillé et complet qui assument la responsabilité, dans un contexte international, de fournir des réponses spécifiques aux demandes économiques et sociales.

27. De ce qui précède, il découle que sur la scène latino-américaine il existe une forte tendance à créer des espaces économiques intégrés, ce qui entraîne d'importantes conséquences non seulement pour le développement économique et pour l'augmentation du niveau de ressources dans les zones concernées, mais aussi pour les relations de droit international privé⁵². Si nous prenons les deux expériences les plus notables, ce phénomène est perceptible dans l'ALENA, surtout dans le domaine des opérations de commerce « intra-communautaires » et dans celui du Mercosur, et particulièrement dans les secteurs de la coopération juridictionnelle internationale, des mesures de protection, de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice étrangères (à travers le Protocole du bois de

⁵¹E. Ralser, "Pluralisme juridique et droit international privé", *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2003 pp. 2547 et seq.

⁵²J.C. Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América latina...", *loc. cit.*, pp. 151-192.

chauffage, de Ouro Preto et de Buenos Aires)⁵³. Toutefois, avec toute l'importance que le phénomène connaît déjà et qui a toutes chances d'augmenter dans le futur, les liens entre l'intégration économique et le DIPr sont nettement plus éloignés que ceux qu'ils présentent dans d'autres lieux d'intégration avancée comme c'est le cas dans l'Union européenne.

Les causes de cette situation ne sont pas compréhensibles et peuvent s'expliquer synthétiquement pour de trois raisons principales. En premier lieu, les mécanismes institutionnels qui existent en Amérique sont réduits face à l'appareil complexe et consolidé qui régit l'Union européenne, dans une longue tradition normative, avec des techniques propres qui, ces dernières années, se sont orientées vers une unification juridique ultra efficace par le biais des règlements. En second lieu cela s'explique par le fait qu'en Europe, contrairement à ce qui se passe dans les processus d'intégration en Amérique, depuis l'entrée en vigueur de l'Acte unique, un « marché intérieur » a été créé sur la base de postulats radicalement divers. En dépassant le principe du libre-échange, le « marché intérieur » a été conçu comme un marché intégré et s'est accompagné d'un rapprochement très développé des législations nationales⁵⁴. Enfin, cette volonté politique a entraîné un développement vertigineux du DIPr de l'Union européenne par le biais du « Troisième pilier »⁵⁵ et à une communautarisation qui a suivi les domaines constitutifs d'un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice. Cette dichotomie des deux côtés de l'Atlantique ne porte pas seulement sur des aspects théoriques et descriptifs mais elle révèle clairement la confrontation des « blocs » (particulièrement de l'UE et d'ALENA) qui s'est produite au sein de la Conférence de La Haye de DIPr lors du projet d'élaboration d'une éventuelle Convention universelle sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice étrangères.

À côté de ces différences, qui s'expliquent pour des raisons historiques et selon le niveau d'intégration dans lequel chaque bloc se trouve, il existe des problèmes communs. Par exemple, l'harmonisation des systèmes de DIPr requiert pour l'ALENA ou pour les organismes d'intégration caribéens une conciliation entre le système de droit écrit et celui de *common law*. C'est le cas dans l'Union européenne, qui a connu à une époque des problèmes techniques importants. Par conséquent certains États membres (comme le Royaume-Uni ou l'Irlande) ont aujourd'hui un statut spécial dans la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans

⁵³A. Dreyzin de Klor: *El Mercosur (Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado)*, Buenos Aires, Zavalia, 1997 ; D.P. Fernández-Arroyo, "La nueva configuración del DIPr del Mercosur: ocho respuestas contra la incertidumbre", *Revista de Derecho del Mercosur*, vol. 3, 1999, pp. 38-53.

⁵⁴L'originalité de l'expérience communautaire et son influence dans le cadre du DIPr est décrite avec précision dans le cours de M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", *Recueil des Cours*, t. 253, 1995, pp. 25 *et seq.* et dans celui de A. Struycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 257 *et seq.*

⁵⁵*Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea", *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239-267.

lequel leur culture et leur tradition juridiques – outre d’autres facteurs – constituent un élément essentiel.

II. Diversité et hétérogénéité juridique au sein de l'OHADAC

1. États et territoires en présence⁵⁶

28. Contrairement à la tradition la plus répandue entre les États membres de l'OHADA, le projet OHADAC est confronté depuis le début à la diversité et à l'hétérogénéité des pays de la zone Caraïbe. L'analyse des pays insulaires ou composés d'archipel démontre que plusieurs territoires sont encore soumis ou dépendants de la souveraineté d'États européens. C'est le cas des départements d'outre-mer français (Guadeloupe, Martinique, les collectivités de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy). C'est aussi le cas des îles appartenant aux Antilles hollandaises – avec un nouveau statut politique depuis le 10 octobre 2010 – à savoir Bonaire, Saint-Eustache et Saba (qui font partie du Royaume des Pays-Bas), et également de Curaçao, Aruba et Sint Maarten, qui sont des territoires indépendants des Pays-Bas. Les territoires d'outre-mer, qui dépendent du Royaume-Uni, sont Anguilla, les îles Caïmans, les îles Turques et Caïques, les îles Vierges britanniques et Montserrat, auxquels il faudrait ajouter les Bermudes, malgré sa situation géographique. En outre, Porto Rico est un État libre associé, territoire n'appartenant pas aux États-Unis, tout comme les îles Vierges étatsuniennes. Parmi les pays ou territoires qui sont indépendants se trouvent des États importants de tradition espagnole comme Cuba, ou de tradition française comme Haïti, et d'autres comme la République Dominicaine, où malgré la prédominance de la langue espagnole, la tradition juridique est davantage française. Dans le giron du *common law* se trouvent les autres territoires insulaires indépendants, qui sont en bonne partie rattachés à l'*Organisation of Eastern Caribbean States* (OECS), ou dépendant de la tradition anglo-saxonne bien qu'ils ne fassent pas partie de ladite organisation, mais du *Commonwealth* (Bahamas, Barbade, Jamaïque et Trinité–Tobago). En plus, au sein de l'OHADAC se trouvent au moins 18 États insulaires souverains qui comprennent 31 territoires différents avec des langues et des traditions juridiques en lien avec quatre métropoles : l'Espagne, la France, le Royaume-Uni et les Pays-Bas. Leur population dépasse les quarante millions d'habitants, dont une moitié parle espagnol, un quart parle français, presque un autre quart parle anglais, et enfin une minorité (environ 1%) parle hollandais.

Le modèle se reproduit dans le cas des territoires continentaux riverains de la Caraïbe, c'est-à-dire que dans ce cas, nous parlons, en grande partie, d'États indépendants, du point de vue tant géographique que démographique, de langue et de tradition hispanique à savoir : la Colombie, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama et le Venezuela. Certains d'entre eux comme le Panama ont été perméables, surtout dans le domaine commercial, à l'influence juridique anglo-américaine. La tradition française est représentée par un département d'outre-mer français : la Guyane française. Le Suriname, un État

⁵⁶Ce paragraphe reprend les arguments de S. Sánchez Lorenzo, *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 36 *et seq.*

indépendant, témoigne de l'héritage hollandais. Finalement, l'influence anglaise est visible au Guyana et au Belize, deux États indépendants qui font partie du *Commonwealth*. Au total, 11 nouveaux États indépendants (12 territoires) sont d'influence anglaise. Il s'avère difficile de déterminer précisément la population riveraine de la Caraïbe qui relève des États continentaux, dont la population globale atteint des chiffres très élevés, elle s'élèverait à plus de deux cents millions d'habitants et est, dans son immense majorité, de langue espagnole.

29. Ce bref et superficiel aperçu géographique met en évidence la pluralité politique et culturelle du territoire OHADAC, composé de 29 États indépendants qui recouvrent 43 territoires différents. En termes politiques, l'OHADAC englobe un sixième des États qui composent la Communauté internationale et environ 260 millions d'habitants. L'héritage culturel et linguistique de ces pays est divers, tout comme leur degré de proximité avec les anciennes métropoles. Alors que les États de langue hispanique ont une grande tradition d'indépendance qui remonte au XIXe siècle, nombre de territoires de tradition française, anglaise ou hollandaise font encore partie d'États métropolitains ou ont accédé à l'indépendance dans la deuxième moitié du XXe siècle. Une telle diversité de structures politiques conditionne la stratégie à adopter pour réaliser une harmonisation juridique. Il ne s'agit pas, comme, dans le cas de l'OHADA, de pays indépendants ayant une tradition plus ou moins autonome vis-à-vis de l'influence française. Il suffit de penser aux problèmes que susciterait la réécriture d'un traité international ayant la même portée que le Traité de l'OHADA. L'OHADA aurait pu être créée avec le simple soutien technique et financier de la France. Par contre, le projet OHADAC nécessitera la contribution active des autres pays comme les Pays-Bas, les États-Unis et surtout l'Espagne et le Royaume-Uni.

30. Le défi exige de partir, également, de la reconnaissance de la diversité culturelle de la région caribéenne, ce qui a souvent conduit à ce que ses territoires soient proches géographiquement tout en vivant dos à dos les uns des autres, au détriment de leurs intérêts stratégiques communs. Comme cela a été souligné, les États insulaires et formant des archipels connaissent une grande diversité linguistique : espagnol, français, anglais et hollandais, sans compter les langues indigènes, qui sont importantes notamment sur le continent, ou les langues métisses (le créole particulièrement). L'espagnol domine clairement sur le territoire continental, y compris dans des pays comme le Belize, où même si l'anglais est la seule langue officielle, il n'en demeure pas moins que l'espagnol est d'usage commun. Toutefois, la langue hollandaise est présente au Suriname et la langue française en Guyane française. Une telle diversité linguistique, qui n'est pas obligatoirement culturelle, présage cependant des différences importantes dans le contexte juridique et qui ne sont pas toujours évidentes.

2. Panorama du droit international privé et son rayonnement dans la zone OHADAC

A) Bilan de l'unification et mise en œuvre des solutions nationales

31. Toute étude comparative sur les normes de DIPr et les systèmes d'intégration, compte tenu de leur application effective dans de nombreux territoires de la zone OHADAC, doit être précédée de l'analyse des résultats obtenus dans le processus d'unification institué dans le cadre de l'Union européenne. Le développement actuel du DIPr communautaire a été favorisé par l'introduction du titre IV de la version TCE émanant du Traité d'Amsterdam. La compétence communautaire dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile a impliqué l'intégration de l'ancien troisième pilier dans ce nouveau titre. Suite aux dispositions de l'article 65 TCE (actuellement article 81 TFUE), il a été procédé à la « communautarisation » de quelques conventions ou projets de conventions de DIPr et à la promulgation d'actes communautaires dans d'autres matières⁵⁷ : le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale, qui à partir du 10 janvier 2015 a été remplacé par le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 ; le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité ; le Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, modifié par le Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil ; le Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, modifié par le 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 ; le Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine d'obtention des preuves en matière civile ou commerciale ; la Directive 2002/8/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires ; le Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ; le Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer ; Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant une

⁵⁷A. Borrás, "La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastez 2001*, pp. 285-318 ; M. Desantes et J. L. Iglesias Buhigues, "Hacia un sistema de Derecho Internacional privado de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 115-128 ; P.A. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 1997-1, pp. 413-445 ; *id.*, "El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado", *La Ley (Unión Europea)*, n° 4510, du 30 mars 1998, pp. 1-3 ; S. Leible et A. Staudinger, "El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 89-115 ; SA. Sánchez Lorenzo, "La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz", *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea (Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues)*, Valence, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133-145.

procédure européenne de règlement des petits litiges ; le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ; la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; 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) ; Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ; le 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 ; et le 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. Cette compétence ne concerne pas seulement les domaines spécifiques du droit de la procédure civile internationale mais s'étend également au champ du droit applicable, comme cela ressort de l'article 81.2°.c) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il s'agit, dans une action d'ensemble, de garantir la plus grande sécurité juridique, ainsi que l'égalité d'accès à la justice ce qui implique d'identifier simplement la juridiction compétente et la législation applicable, ainsi que les jugements et les procédures les plus rapides.

32. À partir de ce bloc normatif et au regard de son intérêt pour l'élaboration d'un DIPr interne, il convient de remarquer ce qui suit :

i) L'unification, bien qu'elle ait une origine à caractère patrimonial pour avoir été dès le début un instrument d'impulsion de la mise en place du marché commun, a débordé largement cette matière après la consolidation de l'Union européenne et l'instauration en son sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle s'étend à des domaines comme la protection des mineurs, le mariage, le divorce ou les successions et cette progression sensible se poursuit. Tous ces domaines sont régis au travers du prisme de la compétence judiciaire internationale, de la loi applicable ainsi que de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de justice. Pour certains d'entre eux, la coopération et l'assistance entre les autorités s'avèrent cruciales pour l'exécution des objectifs visés.

ii) Le processus d'unification n'ayant pas été achevé, il coexiste au sein des États membres deux systèmes de DIPr : celui créé au sein de l'Union, qui occupe la majeure partie des normes, et celui créé directement dans chaque État, qui concerne les matières non unifiées. C'est dans ce domaine restreint que les États membres conservent leurs compétences et dans lequel un ordonnancement de DIPr purement national trouve au cours des dernières années sa pleine justification.

B) Modèles de codification nationale de DIPr

33. Au cours des dernières années, les législateurs nationaux n'ont pas cessé de poursuivre la mise en œuvre de leur propre DIPr, que ce soit pour des raisons de nécessité, de tradition ou encore parce que la pleine unification du DIPr n'a pas pu être atteinte. Durant les cinquante dernières années, le DIPr a connu un essor historique avec 61 codifications nationales et plus d'une centaine de conventions internationales, de règlements et autres instruments similaires, qui confèrent tous un rôle plus important aux juges que les instruments précédents⁵⁸.

L'examen des modèles de codification nationale du DIPr renvoie en premier lieu aux systèmes fondés sur une loi spéciale. Ils se sont développés surtout en Europe bien que, comme cela sera démontré⁵⁹, ils ont connu un accueil favorable au Venezuela et, plus récemment, au Panama. Cette alternative de codification montre que les règles relatives au « conflit de lois » disparaissent progressivement des codes civils pour s'insérer dans des lois spéciales. Cette tendance, initiée dans le cercle des anciens pays socialistes⁶⁰, va s'étendre et se généraliser à d'autres réseaux juridiques et va figurer dans les projets de codification en cours. À côté des expériences en Louisiane⁶¹ et au Québec⁶², il faut souligner en Europe occidentale une forte tendance à la spécialisation des règles de droit international indépendamment du lieu où elle est menée, tel que l'ont démontré la loi autrichienne du 15 juin 1978⁶³, la loi turque sur le DIPr et la procédure internationale du 20 mai 1982⁶⁴ et, surtout, les paradigmes de la codification moderne provenant de Suisse, de Belgique, d'Italie et de Pologne.

⁵⁸S.C. Symeonides, "Codification and Flexibility in Private International Law", *Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports, Généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé* (K.B. Brown and D.V. Snyder, eds.), Springer Science+Business Media, 2011, pp. 167-190.

⁵⁹E. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987.

⁶⁰L.A. Lunz, "L'objet et les principes fondamentaux du droit international privé en URSS et dans les autres pays socialistes européens", *Journ dr. int.*, t. 100, 1973, pp. 97-115 ; F. Korkisch, "Neues internationales privatrecht in ostmitteleuropa", *Rabels Z.*, 1968, pp. 601-650 ; T. Ballarino, "Osservazioni sulla codificazione del diritto internazionale privato nell'Europa centro-orientale", *Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 3-24 ; P. Kalensky, "Le droit international privé comparé des États socialistes dans leur coopération économique", *Recueil des Cours*, t. 208 (1988-I), pp. 169-281.

⁶¹*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 394-400. *Vid.* S.C. Symeonides, "Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane", *ibid.*, pp. 223-281 ; D.P. Fernández Arroyo, "Nuevas normas de Derecho internacional privado en el Código civil de Louisiana", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 615-620.

⁶²Le code civil du Québec, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, comprend dans son livre dixième un système complet de DIPr contenant, en plus des questions relatives au droit applicable, celles relatives à la compétence judiciaire internationale et à la reconnaissance et l'exécution des décisions. Il utilise la loi du domicile comme lien de rattachement dominant et englobe des questions de nature commerciale. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 574-584 et la note de E. Groffier.

⁶³La règle de base dans ce contexte est la Loi du 15 juin 1978 sur le droit international privé (IPRG, publiée au journal officiel autrichien, BGBl. n° 304/1978). Elle comprend 54 articles relatifs au droit applicable mais ne traite pas des questions d'ordre procédural. *Vid.* E. Palmer. "The Austrian Codification on Conflicts of Law", *Am. J. Comp. L.*, vol. 28, 1980, pp. 197 *et seq.*

⁶⁴Elle comprend 48 articles répartis en trois chapitres portant sur : des questions d'ordre général, le droit applicable et le droit de la procédure civile internationale.

i) La loi fédérale suisse sur le DIPr du 18 décembre 1987 constitue un authentique code de DIPr qui comprend 200 articles. Après un laborieux et long processus de rédaction, cette loi est considérée sans aucun doute comme le texte qui est le plus adapté techniquement aux besoins du droit privé international d'un pays en particulier. Les innovations qu'elle apporte sont nombreuses, de par leur propre structure et leur vaste contenu tout en ne se limitant pas aux seules règles de droit applicable. Les solutions qu'elle introduit, y compris les institutions qu'elle crée, se situent à la confluence entre les doctrines nord-américaines et européennes⁶⁵ et vont inspirer la codification qui sera établi postérieurement en DIPr dans nombre de systèmes nationaux.

ii) De son côté la loi belge du 16 juillet 2004 a introduit un code complet de DIPr, doté de 140 articles. Il constitue une réforme profonde des règles législative, jurisprudentielle et doctrinale applicables pour régler les cas de « situation internationale », de compétence juridictionnelle des tribunaux belges, le droit applicable et l'efficacité des actes judiciaires et des jugements étrangers en matière civile et commerciale⁶⁶. Ce code fournit des réponses pratiques à ces questions à travers des règles pragmatiques et flexibles, tout en fuyant les problématiques académiques. Dans un élan de modernisation, ce code a conduit à un changement important des règles traditionnelles de DIPr en reconnaissant l'importance progressive prise par le principe de proximité⁶⁷ et en considérant que pour les questions liées au statut personnel le point de rattachement principal doit être la résidence habituelle aux dépens de la nationalité⁶⁸. Enfin, il prend en compte les situations qui découlent de l'évolution des mœurs de la société (le mariage entre des

⁶⁵L'art. 15, qui porte sur la clause d'exception, en est un exemple concret. Conformément au paragraphe 1 : « Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. » *Vid.* A. Bucher, "La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP", *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Genève, 2009, pp. 59-74.

⁶⁶Concernant les travaux préparatoires du code, *vid.* M. Verwilghen, "Vers un Code belge de droit international privé", *Travaux. Com. fr. dr. int. pr.*, Paris, 2001, pp. 123 *et seq.* ; J. Erauw, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het onderwerp van Wetboek I.P.R.", *Rechtskundig weekblad*, vol. 65., 2001-2002, pp. 1557-1566 ; G. Stuer et C. Tubeuf, "La codification en droit international privé", *Rev. dr. U.L.B.*, 2003-2, pp. 143 *et seq.* Concernant la signification de cette importante initiative législative *vid.*, pour tous, M. Fallon, "La loi belge de droit international privé belge pour un centenaire", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (2004-2006), pp. 98-118 ; *vid.*, également, J.Y. Carlier, "Le Code belge de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 11-45 ; N. Watté et C. Barbé, "Le nouveau droit international privé belge: étude critique des fondements des règles de conflits de lois", *Journ. dr. int.*, vol. 133, 2006, pp. 851-927.

⁶⁷*V.gr.* art. 19 du code de DIPr belge ; L. Barnich, "La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé", *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59-72.

⁶⁸M. Verwilghen, "La place de la nationalité dans le Code de droit international belge", *Hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1687-1701.

personnes de même sexe et les unions hors mariage) et démontre un esprit internationaliste en reconnaissant automatiquement les jugements étrangers⁶⁹.

iii) Les relations de DIPr en Italie sont régies par la loi n° 218, du 31 mai 1995, qui a remplacé les articles 16 à 31 des dispositions relatives à la loi et qui sont prévues en général dans le code civil. La loi italienne DIPr (Loi N° 218 du 31 mai 1995) comprend cinq titres qui regroupent 74 articles. Le titre I (« Dispositions générales ») détermine, d'un côté, les matières qui sont régies par la loi en suivant le schéma tripartite actuellement admis (détermination du ressort de la juridiction, la désignation du droit applicable et les règles d'efficacité des décisions de justice étrangères et des actes publics étrangers), et, d'un autre côté, la préférence pour les traités internationaux. Le titre II (« Juridiction italienne »), après avoir déterminé le champ de compétence juridictionnelle et ses limites, se focalise sur des questions importantes comme la prorogation et la dérogation de la juridiction, les actions réelles relatives aux biens immeubles situés à l'étranger, la litispendance d'un procès étranger et la juridiction gracieuse, les mesures conservatoires, le déclinatoire de compétence avec confirmation de la règle *lex fori regit processum*. Le titre III (« Droit applicable ») commence par un chapitre consacré aux problèmes généraux d'application de la règle de conflit tout en visant expressément le renvoi, l'application de la loi étrangère, l'interprétation et l'application de la loi étrangère, l'ordre public, les règles d'application nécessaire, les ordres juridiques pluri-législatifs afin de répondre à la question de la loi applicable aux apatrides et aux réfugiés et à celle des conflits positifs de nationalité. Puis, des solutions sont proposées quant à la capacité et aux droits des personnes physiques, en cas de comourants, de disparition, d'absence et de mort présumée, de capacité d'exercice des personnes physiques, de droit de la personnalité, des sociétés et des autres personnes morales. Enfin, ce titre s'intéresse aux rapports de famille en suivant le schéma classique des principes concernés en combinant les solutions relatives à la loi applicable avec celle même de la compétence juridictionnelle, et en terminant par les règles sur le régime successoral. Le chapitre relatif au patrimoine débute en traitant les droits réels et de manière approfondie les biens en transit, les droits des biens incorporels ou la publicité des actes portant sur les droits réels. Après avoir étudié les donations, le chapitre sur les obligations contractuelles s'inspire directement de la Convention de Rome et procède à une « reproduction de son texte pour référence ». Puis, des réponses sont apportées sur les questions propres aux obligations extracontractuelles. Le titre IV (« Efficacité des décisions étrangères et des actes publics étrangers ») débute en remarquant que les jugements étrangers sont reconnus en Italie sans qu'il soit nécessaire de d'avoir recours à une procédure spécifique dès lors que sont réunies un certain nombre de conditions. Après avoir exposé les règles concernant la matière, ce titre se focalise sur les actes publics délivrés à l'étranger et sur l'admission des moyens de preuves demandés par le juge étranger. Enfin la loi s'achève par les dispositions transitoires et finales habituelles.

⁶⁹H. Fulchiron, «Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du 'mariage pour tous'», *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 1055-1113.

iv) Parmi les textes les plus contemporains se trouve la loi de DIPr polonaise du 4 février 2011⁷⁰ qui remplace la loi du 12 novembre 1965, qui elle-même remplaçait celle du 2 août 1926. La Pologne a été pionnière des systèmes de DIPr se tournant vers une loi spéciale. Ses traits les plus importants sont les suivants : le caractère civiliste qu'il présente de façon très marquée, bien qu'il existe un inévitable traitement des questions de droit commercial ; le traitement limité des problèmes relatifs à la détermination de la loi applicable, et de là, la détermination de la loi nationale comme point de rattachement dominant (article 2), bien que l'article 4 admette largement l'autonomie de la volonté dans le choix du droit applicable à condition qu'il ne nuise pas aux intérêts des tiers (article 4) ; enfin, la technique de l'« incorporation par référence » ressort des textes issus de l'Union européenne, plus particulièrement en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles. À noter la nouveauté de l'article 67 qui inclut l'application de la loi du pays ayant le lien le plus étroit avec la situation juridique, à défaut de renvois effectués par la loi en question ou par les dispositions de l'Union européenne auxquelles il est fait référence.

34. Partant de la loi spéciale, le DIPr ne gagne pas seulement une autonomie matérielle, mais s'octroie également une législation minutieuse de la matière qui, jusqu'à ce jour, était restée dans l'orbite de la jurisprudence. Toutefois, cette technique n'est pas exclusive mais se combine avec une autre qui peut être qualifiée de « codification partielle » et qui se manifeste de trois manières principales différentes. La première, qui fait l'objet de nombreuses critiques, consiste à profiter des réformes successives du droit matériel pour introduire des règles de DIPr⁷¹. La deuxième, dont la méthode systématique peut être remise en question, consiste à utiliser toute source de réforme, matérielle ou conflictuelle, pour introduire des

⁷⁰http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf. T. Pajor, "Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)", *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 263 et seq.

⁷¹V.gr., celle employée par le législateur français à travers des réformes du Cc opérées par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation ou la loi 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. Concernant la première *vid. Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 154-155 ; R. Sabatier, "Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme?", *Semaine Juridique*, 1971, I, p. 2400 ; J. Foyer, "La réforme du droit de la filiation et le droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1969-71)*, Paris, Dalloz, 1972, pp. 107-125 ; H. Batiffol et P. Lagarde, "L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation", *Journ. dr. int.*, t. 99, 1972, pp. 765-796 ; M. Simon-Depitre et J. Foyer, *Le nouveau droit international de la filiation*, Paris, L. Techniques, 1973 ; A. Huet, "Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis de la loi du 3 janvier 1972", *Les conflits de lois en matière de filiation*, Paris, LGDJ, 1973, pp. 19-63 ; D. Alexandre, "Les conflits de lois en matière d'effets de la filiation", *ibid.*, pp. 65-94. Concernant la deuxième *vid.* Ph. Francescakis, "Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 553-594 ; A. Cornec, "Le nouveau divorce international (article 310 du Code civil)", *Gazette du Palais*, 1976, 2, pp. 612-614 ; J. Foyer, "Tournant et retour aux sources en droit international privé (l'article 310 nouveau du Code civil)", *Semaine Juridique*, 1976, I, pp. 2762 et seq. ; M. Simon-Depitre, "Le nouvel article 310 du Code civil", *Journ. dr. int.*, t. 103, 1976, pp. 823-830 ; T.E. Carbonneau, "The New Article 310 of the French Civil Code for International Divorce Actions", *Am. J. Comp. L.*, vol. 26, 1978, pp. 446-460.

règles de DIPr⁷². Enfin, la troisième manière peut résulter de la réforme de l'ensemble des règles de DIPr éparpillées dans plusieurs corpus législatifs qui, tout en étant maintenues dans le corpus d'origine, sont modifiées harmonieusement. C'est la solution qu'avait choisie la République fédérale d'Allemagne en 1986.

À côté du modèle de la « loi spéciale », il existe encore d'autres systèmes qui utilisent les codes civils comme texte fondamental pour insérer de nombreuses dispositions de DIPr, principalement relatives au droit applicable. Cela a été la voie de codification à l'origine des règles de DIPr, y inclus les trois modèles ci-dessus mentionnés : le code civil français de 1804, le code civil du Piémont de 1865 et celui du EGBGB de 1896 ayant influencé largement le système espagnol dans le titre préliminaire du code civil de 1974. Toutefois et sans aucun doute, le « modèle » de technique de ce type est, comme cela a été indiqué, le code civil portugais de 1966, qui consacre le chapitre III du titre I de son livre I (articles 14 à 65) à régir les « *Dereitos dos estrangeiros e conflictos de leis* », avec une systématisation correcte et un traitement détaillé des problèmes concrets pour l'époque à laquelle il a été rédigé⁷³. Le contexte dans lequel s'est développé le « modèle du code civil » n'est, cependant, pas propre au continent européen. Si nous nous transportons sur le continent américain et, plus précisément, dans le cercle des pays ibéro-américains, on relève l'inertie du passé avec le code civil comme siège principal des règles de DIPr surtout pour ce qui concerne le champ du droit applicable. La méthode utilisée expérimente, toutefois, diverses inflexions et par conséquent, dans certains codes civils des réformes substantielles se produisent dans la ligne des tendances actuelles du DIPr. C'est le cas de la réforme du code civil péruvien de 1984 (articles 2046 *et seq.*), qui a remplacé le code dénommé « Código Benavides » de 1936 et qui a consacré son livre X, qui est le dernier, au droit international privé, et a supprimé ainsi la faible marge d'action que le titre préliminaire offrait⁷⁴. Une tendance qui, comme nous l'avons vu, aurait été suivie par le Québec et qui a récemment été mise en œuvre en Argentine.

35. Il convient d'exclure de l'analyse des « modèles » la codification nationale de DIPr, car elle se fonde sur des principes divers, notamment l'adoption du *common law*, les techniques de solution suivies dans les pays anglo-saxons. Toutefois, malgré l'incidence du *common law*, il convient de mentionner le travail réalisé aux États-Unis par l'*American Law Institute* qui, à travers les deux *Restatements* de 1934 et de

⁷²*V.gr.*, celle employée par le législateur espagnol par l'intermédiaire des réformes successives du code civil. Dans certains cas, elle a introduit de nouvelles règles relatives aux relations internationales dans un contexte de réforme du droit matériel. Concrètement, la réforme du code civil opérée par la loi 30/1981 a préféré ajouter la règle de conflit relative à la séparation et au divorce en complément de la réglementation matérielle de cette institution, au titre IV du livre I du code civil. Au contraire, la loi 21/1987 a bénéficié du cours de la réforme des règles matérielles en matière d'adoption pour modifier les règles de conflit contenues dans le titre préliminaire du code civil sur la filiation.

⁷³L. de Lima Pinheiro, "The Methodology and the General part of the Portuguese Private International Law. Codification: A Possible Source of Inspiration for the European Legislator?", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 14, 2012-2013, pp. 153-172.

⁷⁴*ILM*, vol. XXIV, 1985, pp. 1002-1014, et la note de A. Garro, *ibid.*, pp. 997-1001 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, pp. 192 *et seq.* et la note de J. Lisbonne ; J. Samtleben, "Neues Internationales Privatrecht in Perú", *Rebels Z.*, 1985, pp. 486-521.

1969, a procédé à une systématisation et à une classification des principales décisions de justice en matière de DIPr. Malgré leur nature extrêmement doctrinale les *Restatements* constituent, dans la pratique, de véritables codes de DIPr qui ont exercé une influence importante ces derniers temps non seulement sur la codification des États en Europe, mais également dans la codification internationale du DIPr. Ces textes offrent un contenu substantiel divers. Le premier est très classique (très influencé par l'œuvre de J.H. Beale), il se caractérise par l'emploi de solutions d'une grande rigidité et qui ont été remises en question par la jurisprudence nord-américaine (affaire *Auten v Auten*, *Babcock v Jackson*). Cela a imposé de procéder à l'élaboration du *Restatement Second*, dont les solutions, qui sont des exemples de flexibilité et de réalisme, constituent l'une des pièces maîtresse de nos jours pour résoudre les problèmes des relations internationales de droit privé. Le fait que de telles solutions aient pu être admises dans des systèmes si différents comme sur le continent européen, démontre qu'elles correspondent à la réalité sociétale de notre époque⁷⁵.

Ces remarques servent à évaluer la situation particulière de Porto Rico. Le DIPr de ce territoire se trouve principalement dans le code civil, et de façon complémentaire, dans d'autres dispositions. Les principes du code civil correspondent à la version originale du code civil espagnol de 1889 et sont, à la fois, une juxtaposition de la position statutaire du code civil français de 1804 et conflictuelle du code civil du Piémont de 1865. Concrètement les articles 9, 10 et 11 qui figurent dans les dispositions préliminaires⁷⁶, donnent une réponse au « statut personnel », au « statut réel » et au « statut formel ». En outre, le code civil en vigueur contient des dispositions de DIPr éparses entre les dispositions de droit matériel comme c'est le cas dans la dernière version de l'article 68 (non reconnaissance du mariage homosexuel célébré à l'étranger), de l'article 127 (loi applicable au régime matrimonial des mariages célébrés à l'étranger), de l'article 97 (juridiction compétente en matière de divorce), de l'article 666 (loi applicable quant à la forme du testament consenti en dehors du territoire de Porto Rico), de l'article 667 (non reconnaissance du testament conjoint consenti en dehors du territoire de Porto Rico) et de l'article 638 (lieu d'établissement et langue de rédaction du testament olographe). Les qualités et les défauts des articles 9, 10 et 11 du code civil en vigueur ont joué un rôle notable dans le DIPr portoricain et ont marqué le développement de cette matière. Ces courts articles émanent du code civil espagnol de 1889, lui-même fondé sur le code civil français de 1804, et précédemment influencés par le code civil

⁷⁵Vid., *inter alia*, P. Wiggy, "Le 'Restatement' américain du droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1936, pp. 67-85 ; M. Giuliano, "Il diritto internazionale privato e processuale nel Restatement of the Laws 2d.", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1974, pp. 226-229 ; B. Hanotiau, *Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law, Conflicts of Laws*, Paris, LGDJ, 1979 ; R.J. Weintraub, "The Restatement Third of Conflict of Laws: an Idea whose Time has not Come", *Indiana L. J.*, vol.75, n° 2, 2000, pp. 679-686.

⁷⁶Vid. G. Velázquez, *Directivas fundamentales del Derecho internacional privado puertorriqueño*, Rio Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1945.

italien⁷⁷. Toutefois, lors de la révision du code civil en 1902, les membres de la commission qui en avait la charge ayant été formés au droit anglo-saxon ont décidé d'« américaniser » ces articles. De cette façon, ils ont abrogé le vieux principe civiliste de l'unité de la masse successorale et l'ont remplacé par la règle américaine *lex rei sitae*. En outre, ils ont supprimé un article qui aurait pu constituer le fondement pour résoudre les conflits en matière de responsabilité civile extracontractuelle. Malgré cette incursion du droit anglo-saxon, ce qui est resté des trois articles du code civil de Porto Rico n'a pas été plus déficient que d'autres dispositions similaires contenues dans d'autres codes et relatives à la famille française ou latine. Ces articles ont rempli, pendant un certain temps, la fonction escomptée, surtout celle de corriger et de suppléer la jurisprudence portoricaine, dont il sera question ci-après.

Aujourd'hui, plus de cent ans après la révision de 1902, il est évident que les articles 9, 10 et 11 du code civil ont perdu leur utilité sociétale pour se convertir en un obstacle au progrès. Il s'avère nécessaire et urgent de surmonter cet obstacle. À noter qu'il n'est pas fortuit que dans les autres législations de type romano-germanique toutes les dispositions similaires aient été remplacées par des codifications modernes de DIPr, et que cette tâche importante aurait dû être réalisée à Porto Rico depuis bien longtemps. Les articles de DIPr du code civil en vigueur étant rares, courts, elliptiques et archaïques, la Cour suprême a été contrainte de les moderniser et de les étoffer en partie. La jurisprudence portoricaine de DIPr s'est trouvée confrontée à une double dichotomie majeure : entre « ce qui est espagnol » et « ce qui est étatsunien » et entre « ce qui est codifié » et « ce qui n'est pas codifié »⁷⁸. D'un autre côté, dans les domaines non visés par les dispositions de DIPr du code civil, la jurisprudence est libre de se positionner, progressivement, entre un point de vue traditionnel et un point de vue moderne de la matière, sans être limitée par des règles législatives archaïques. De même aux États-Unis, le passage d'un point de vue à un autre a débuté dans les années soixante, il a été complété dans les années soixante-dix et s'est, principalement, limité au conflit de lois dans le domaine des contrats et de la responsabilité civile extracontractuelle. L'autre dichotomie dans la jurisprudence portoricaine de DIPr s'explique par le fait que les règles établies ne couvrent pas l'éventail de tous les problèmes susceptibles de se présenter. Par exemple, ces dispositions ne règlent pas les conflits de lois en matière de responsabilité civile extracontractuelle ni la plus grande partie des conflits liés aux contrats. Du fait de cette dichotomie, la jurisprudence portoricaine a dû s'orienter dans une double direction. La jurisprudence a suivi assez fidèlement les dispositions de DIPr contenues dans le code civil, comme cela est attendu d'un pays de tradition civiliste, tout en procédant volontairement à un assouplissement de leur rigidité.

⁷⁷L. Muñoz Morales, *Reseña histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, Rio Piedras, Junta Editora UPR, 1947 ; G. Velázquez, *Directives Fundamentales del Derecho Internacional Privado*, Rio Piedras, Junta Editora UPR, 1945) ; S. Symeonides, "Revising Puerto Rico's Conflicts Law: A Preview", *Colum. J. Trans'l L.*, vol. 28, 1990, p. 13 *et seq.*

⁷⁸A. Fernos López-Capero, "Perspectiva actual del Derecho internacional privado puertorriqueño", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXI-3, p. 589 *et seq.*

36. Toujours dans cette partie de l'Atlantique, le bilan d'évaluation du processus d'unification internationale du DIPr en Amérique latine enregistre, à son tour, une série d'informations intéressantes. Celles-ci ne sont pas statiques mais au contraire constituent les éléments marquants de faits historiques très concrets et par conséquent, sont susceptible de varier en fonction des processus de globalisation et de régionalisation de la société internationale actuelle. D'une façon générale, il convient de souligner que l'unification est un phénomène en expansion : l'expérience d'unification dans cette zone⁷⁹, surtout depuis le travail considérable fourni par des institutions comme la Conférence Ibéro-américaine spécialisée de DIPr, en constitue une excellente preuve⁸⁰. Ce phénomène requiert une revitalisation de l'emploi de la méthode comparative qui est une étape beaucoup plus élaborée de la connaissance du droit étranger et avec laquelle il est d'usage de le confondre⁸¹. L'approfondissement de ce qui est appelé les « unités de comparaison » et la sélection des domaines à unifier sont des éléments indispensables pour faire fructifier l'œuvre d'unification sans sacrifier l'idée de justice au nom de l'uniformité⁸². Nombre de grands projets d'unification sont voués à l'échec malgré les objectifs

⁷⁹J.E. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación del DIPr en América latina", *Studi in memoria di M. Giuliano*, Padoue, Cedam, 1989, pp. 157-192 ; D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del DIPr en América latina*, Madrid, Eurolex, 1993 ; T. de Maekelt, "General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach", *Recueil des Cours*, t. 177 (1982-IV), pp. 193-379 ; L. Pérezniesto Castro, "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine", *Recueil des Cours*, t. 190 (1985-I), pp. 271-400 ; H. Valladão, "Actualisation et spécialisation des normes du droit international privé des États Américains", *German Yearb. Int'l. L.*, 1978, pp. 335-36.

⁸⁰J.E. Briceño Berrú, "Las convenciones interamericanas sobre DIPr de 1984", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1987, pp. 429-452 ; C. Delgado Barreto, "Las relaciones de los sistemas conflictuales en las normas generales de Derecho internacional privado aprobadas por la CIDIP II de Montevideo de 1979", *Estudios de Derecho internacional. Libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago du Chili, Librocencia, 2008, pp. 377-405 ; D.P. Fernández Arroyo, "La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de Derecho internacional privado", *Rev. mexicana DIPr*, n° 13, 2003, pp. 114-172 ; W. Goldschmidt, "Normas generales de la CIDIP II: Hacia una teoría general del Derecho internacional interamericano", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 141-155 ; T.B. de Maekelt, *Conferencia especializada de DIPr (CIDIP I): análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, 1975*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1979 ; *id.*, *Normas generales de DIPr en América*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1984 ; D. Opertti Badán, "La codificación del DIPr: análisis comparativo e la labor realizada por la Conferencia de DIPr de La Haya y por la CIDIP", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 259-283 ; G. Parra-Aranguren, "La primera conferencia especializada interamericana sobre DIPr, Panamá, 1975", *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 253-277 ; *id.*, "Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin-America", *Recueil des Cours*, t. 164 (1979-III), pp. 57-170 ; *id.*, "La tercera conferencia interamericana sobre DIPr (CIDIP III, La Paz 1984)", *Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Católica "Andrés Bello")*, n° 33 et 34, 1984-1985 (réédition) ; J. Samtleben, "Die interamerikanische Spezialkonferenz für internationale Privatrecht", *Rabels Z.*, 1980, pp. 257-320 ; *id.*, "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea", *España y la codificación...*, *op. cit.*, pp. 293-302 ; A.M. Villela, "L'unification du droit international privé en Amérique latine", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 235-262.

⁸¹O. Pfersmann, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Rev. int. dr. comp.*, vol. 53, 2001, pp. 280-281.

⁸²H. Batiffol, "Codificación y unificación en Derecho internacional privado", *Choix d'articles*, Paris, 1976, pp. 125-136.

ambitieux et les intérêts en présence parce qu'ils tentent d'implanter de façon hégémonique des choix fixés arbitrairement. Et il ne faut pas perdre de vue qu'il y a incompatibilité substantielle entre le particularisme juridique et l'idée de codification⁸³. Il s'agit d'atteindre le point d'équilibre ou de compromis adapté.

37. Dans ce contexte de comparaison, il existe en Amérique latine plusieurs modèles de législation de DIPr. Un premier groupe se caractérise par l'éparpillement du système de DIPr dans plusieurs corpus législatifs.

i) La Colombie ne dispose pas d'un système complet et intégré de DIPr. La réglementation des différents domaines (compétence judiciaire internationale, droit applicable, reconnaissance et exécution des décisions étrangères) se trouve éparpillée dans diverses normes peu adaptées à la résolution des problèmes liés aux relations de droit international privé. À cette fragmentation et cet anachronisme du DIPr de source nationale s'ajoutent les conventions bilatérales et multilatérales dont les critères d'application ne sont pas, dans l'immense majorité des cas, clairement établis par l'instrument même. Par conséquent, il s'avère pratiquement exceptionnel de rencontrer, dans ce type d'instruments, des dispositions d'ordre spatial ce qui fragilise leur applicabilité notamment pour ce qui concerne la compétence judiciaire internationale⁸⁴ et le droit applicable⁸⁵. Les règles nationales, quant à elles, sont éparpillées dans tout l'ordonnement juridique colombien et en particulier dans le code civil (Loi 57 et 153 de 1887), le code général de procédure – CGP (Loi 1564 de 2012), le code du travail (Décret-loi 3743 de 1950) et le code du commerce (Décret N° 410 de 1971) et quelques lois de ratification des traités et conventions internationales en la matière.

ii) Dans le système cubain, l'action des traités en la matière est limitée car le DIPr repose essentiellement sur une série de dispositions éparpillées dans le code de procédure civile, administrative et du travail du 19 août 1977, auquel le terme

⁸³Cf. R. Sacco, "Codificare: Modo superato de ligeferare?", *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 119.

⁸⁴Par exemple, la Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires, conclue à Montevideo le 15 juin 1989, établit bien un champ d'application spatial, mais rien n'a été précisé à cet effet concernant des instruments tels que les traités de Montevideo de 1889. Il peut être déduit de la publication sur ce point dans *Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial*, vol. I, 1^{ère} partie, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1940, une application *inter-partes*, qui suppose que tout litige, acte juridique ou relation juridique soit rattaché au moins à deux États contractants (toutes les questions traitées dans cette publication concernent l'Argentine et l'Uruguay).

⁸⁵Des instruments tels que la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, conclue à Montevideo en 1979, ne prévoit rien non plus de manière explicite concernant son champ d'application spatial. Il y a également lieu de penser qu'il s'agit d'instruments *inter-partes*, c'est-à-dire qu'ils ne seront applicables que dans la mesure où la loi applicable est celle d'un État contractant. Un champ d'application spatial est explicitement prévu dans le cadre d'autres conventions contenant des dispositions relatives à la loi applicable, telles que la Convention interaméricaine sur l'adoption conclue à La Paz en 1984 et la Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires mentionnée précédemment.

« économique »⁸⁶ (LPCALE) a été ajouté en 2006. Des dispositions éparses existent également dans le code civil de 1987 (Loi N° 59), qui est structuré de la manière suivante : a) compétence judiciaire internationale : articles 2, 3, 4 et articles 372 et 739 LPCALE⁸⁷ ; b) droit applicable : articles 11 à 21 et dispositions spéciales du code civil et article 244 LPCALE) ; c) reconnaissance et exécution des jugements : articles 483 à 485 LPCALE. À ces dispositions il convient d'ajouter une série de dispositions sur l'élément d'extranéité dans la procédure comprises dans la LPCALE : articles 174, 230, 250, 290, 339 et 530⁸⁸. Il s'agit, donc, d'un modèle de réglementation éparpillé proche de celui qui a existé en Espagne jusqu'à la fin des années quatre-vingt.

iii) Le système en vigueur au Mexique repose sur l'interaction entre les règles contenues dans le code civil et celles d'origine conventionnelle suite à une insertion massive de traités internationaux à partir des années quatre-vingt-dix. Les réformes menées à partir de 1988 dans la législation civile⁸⁹, constituent la base qui a supprimé le retard législatif qui prédominait en matière de DIPr au Mexique. À celles-ci s'est ajouté le mouvement de codification qui régnait chez les puissances économiques mondiales et qui est parvenu à élaborer des corpus légaux internationaux applicables à la matière⁹⁰. Cependant, ce système est toujours identifié comme un « enchevêtrement » de règles qui peut difficilement être suivi et encore moins présenter une cohérence dès lors qu'il existe des contradictions entre ce qu'énonce

⁸⁶Ce code a été appelé *a posteriori* code de procédure civile, administrative, économique et du travail après que la partie sur la procédure économique ait été ajoutée, conformément au décret-loi 241/2006.

⁸⁷Cela a été introduit par le décret-loi 241/2006.

⁸⁸D'autres règles pertinentes en matière de droit international privé sont disséminées dans : la loi n° 1289/75, qui a introduit le code de la famille ; la loi n° 1313/1976, relative aux étrangers ; la loi n° 50/1984, relatives aux offices notariaux d'État ; et la loi n° 51/1985 relative au registre d'état civil.

⁸⁹Le 7 janvier 1988, deux décrets ont été publiés au Journal officiel : 1) le premier, qui est venu réformer et compléter le code civil pour le District fédéral en matière commune et pour toute la République en matière fédérale, et 2) le deuxième, qui est venu réformer et compléter le code de procédure civile pour le District fédéral. Peu après, le 12 janvier 1988, a également été publié au Journal officiel un décret réformant et complétant le code fédéral de procédure civile. Plus tard, le 4 janvier 1989, les réformes, ajouts et dérogations apportés à plusieurs dispositions du code de commerce ont été publiés au Journal officiel. Certaines de ces dispositions portent sur le conflit de lois et la coopération en matière de procédure internationale. Toutes les réformes susmentionnées portent sur des modifications en matière de DIPr. Dans l'exposé des motifs des réformes du code civil ainsi que du code de procédure civile du District fédéral, il a été établi que : « Le droit, entendu dans le sens où il encourage le changement social, ne peut rester inerte face aux transformations apportées par la dynamique sociale. Le développement des relations économiques, politiques, sociales et culturelles qui se forment quotidiennement entre les personnes constituant notre société et les ressortissants d'autres États composant la scène internationale ont montré la nécessité de trouver des solutions plus adaptées à notre époque. » Après s'être référé à quelques convention de la CIDIP-I, II et III, la législation nationale a été réformée pour se conformer « aux principes encadrés par les conventions » en question. Par conséquent, l'objectif principal de ces réformes a été d'ajuster les lois mexicaines aux conventions mentionnées précédemment.

⁹⁰L. Pereznieta Castro, *Derecho internacional Privado, Parte General*, 8^{ème} ed., Mexique, Oxford, 2003.

la règle et les autres dispositions qu'elles soient de niveau autonome ou conventionnel⁹¹.

iv) La République Dominicaine ne dispose pas non plus d'une loi spéciale régissant, au moins, le champ substantiel des problèmes liés aux rapports privés à caractère international⁹². Il n'existe pas de règles régissant la question de la compétence judiciaire internationale, à part les dispositions des articles 14 et 15 du code civil⁹³ (l'article 16, relatif à la *cautio iudicatum solvi*, a été modifié par la loi 845, de 1978⁹⁴). Face à l'absence de règles expressément énoncées dans le code de procédure civile les opérateurs juridiques doivent s'en remettre à l'analyse de l'ensemble de la jurisprudence des tribunaux dominicains, qui présente un panorama relativement confus et équivoque⁹⁵. Cette construction s'oriente vers deux critères de caractère général. D'une part, l'indépendance de traitement des conflits de lois et des conflits de juridictions et d'autre part, le caractère prédominant de la compétence dominicaine qui est considérée d'office comme plénitude de juridiction. Pour les tribunaux dominicains, les solutions dans ce domaine relèvent d'une large conception de la notion de compétence qui est intimement liée à la souveraineté nationale. Cela se matérialise par : i) La transposition pure et simple sur le plan international de la *vis attractiva* à savoir de la juridiction ordinaire établie sur le plan interne (article 59 code de procédure civile) pour ainsi faire que la compétence des juridictions nationales soit exclusive et d'exclusion face aux juridictions étrangères pour trancher les affaires civiles en République Dominicaine⁹⁶ ; ii) L'attribution d'office de la compétence des tribunaux dominicains peut être dérogée si les parties désignent un tribunal étranger⁹⁷. Au regard du droit applicable, le système repose sur

⁹¹N. González Martín, "La Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado y la modernización del Derecho internacional privado latinoamericano ¿un cambio en el iter convencional hacia la Ley Modelo?", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2008, pp. 511-544.

⁹²*Vid.*, de manière générale, J.C. Fernández Rozas, "¿Por qué la República Dominicana necesita una ley de Derecho internacional privado?", *Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General* (République Dominicaine), Año 18, n° 329, 2014, pp. 20-31.

⁹³Ces articles sont une traduction littérale de leurs homologues du code civil français de 1804. Art. 14 : « L'étranger, même non résident en République Dominicaine, pourra être cité devant les tribunaux dominicains, pour l'exécution des obligations par lui contractées en République Dominicaine avec un Dominicain ; il pourra être traduit devant les tribunaux, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Dominicains. » Art. 15 : « Un Dominicain pourra être traduit devant un tribunal dominicain, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. »

⁹⁴La loi No. 834, abrogeant et modifiant certaines dispositions en matière de procédure civile, intègre les réformes les plus récentes et les plus avancées du code de procédure civile français du 15 juillet 1978 (Journal officiel No. 9478).

⁹⁵J.M. Castillo Roldán, "Competencia judicial internacional en la República Dominicana", <http://juanicastilloroldan.blogspot.com.es/2013/06/competencia-judicial-internacional-en.html>, 13 juin 2013.

⁹⁶Art. 24 : « Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir. Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi. »

⁹⁷Ce critère a été approuvé par les arrêts rendus par la Cour Suprême de Justice (CSJ) le 13 décembre 2006 et le 30 janvier 2008. *Vid.* E. Alarcón, *Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2012 ; J.C. Fernández

l'article 3 du code civil, dont il n'a pas été pallié aux lacunes par des dispositions ultérieures. Le caractère obsolète des règles relatives au droit applicable est dû au fait que la solution introduite par l'article 3 du code Napoléon de 1804, fidèle héritière de la théorie du statut, a perduré. Le caractère unilatéral de la disposition, même si elle n'est pas radicale, a été repris par la jurisprudence dominicaine qui a admis, pour des raisons évidentes de réciprocité, l'application du droit étranger quand la demande est déposée par des non nationaux. Il convient de signaler les dispositions ultérieures qui ont été adoptées, comme la loi dite du « divorce express » (« *Ley de divorcio al vapor* », Loi 1306-bis relative au divorce, du 21 mai 1937⁹⁸, modifiée par la Loi 142 du 4 juin 1971) régissant une procédure de divorce par consentement mutuel instituée spécialement pour les étrangers ou les Dominicains ne résidant pas dans le pays. Il s'agit d'une époque révolue dont il faut tourner la page, outre les problèmes de type religieux qu'elle a suscités comme le démontre la Résolution n° 3874 du Parlement national qui a approuvé le Concordat et le Protocole final signé entre la République Dominicaine et le Saint-Siège le 16 juin 1954. Il convient également de signaler la loi n° 136-03 qui a créé le code pour la protection des droits fondamentaux des enfants et des adolescents, du 7 août 2003, ainsi qu'une autre disposition isolée et l'entrée en vigueur ultérieure de la loi n° 489-08 sur l'arbitrage commercial. Cette dernière loi, qui s'est directement inspirée de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial de 1985, est totalement adaptée aux dispositions en faveur de l'arbitrage qui existent dans les autres ordonnancements juridiques. Enfin, la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères souffrent d'une grande imprécision. Par tradition, les règles sur l'*exequatur* contenues dans le vieux code de procédure civile⁹⁹ ont continué à être appliquées, jusqu'à leur modification par la loi n° 834/1978, et précisément par l'article 122 qui dispose que « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes établis par les officiers publics étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République dans les cas et les conditions prévus par la loi ». L'on peut s'interroger sur le maintien des règles précédentes car la loi en question ne comprend pas d'abrogation expresse et son article 142 se limite à mentionner que « toutes les lois et dispositions du code de procédure civile relatives à la matière dont traite la présente loi sont abrogées et remplacées ». Aucune prévision ne peut être faite sur une solution immédiate étant donné que la réforme du code de procédure civile de 2010 qui prévoyait de légiférer expressément sur la matière¹⁰⁰ est paralysée. À noter que l'article 122 se limite à établir un cadre

Rozas et N. Concepción. *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2013.

⁹⁸G. Ireland et J. de Galíndez, *Divorce in the Americas*, Buffalo NY: Dennis, 1947.

⁹⁹Le code de procédure civile de la République Dominicaine, amendé par la commission nommée par le pouvoir exécutif, conformément au décret du Congrès national daté du 4 juillet 1882, a conservé l'ordre des articles du texte français en vigueur (*sic*) dans la République depuis 1845.

¹⁰⁰En septembre 2010, la proposition législative avant-projet de code de procédure civile a été établie, selon le plan adopté, sous forme de douze volumes. Le premier reprend les principes fondamentaux du processus, à l'application des règles nationales et supranationales, à la coopération judiciaire internationale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères et internationales. Pour illustrer nos propos, il convient de s'intéresser au chapitre II du titre II, relatif à l'application des règles de procédure internationale, qui commence par affirmer la primauté des règles internationales (art. 29). Il convient également de se référer au titre IV (art. 48 à 63), qui détaille la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et internationales.

référentiel sans préciser si la demande de l'intéressé doit être traitée par la voie contentieuse, par citation de l'autre partie, ou par la voie gracieuse, *inauditan partem*.

38. À côté du groupe d'États qui vient d'être décrit, il existe un autre groupe, pour le moment minoritaire et auquel appartiennent le Venezuela et le Panama, qui a préféré abandonner la réglementation contenue dans le code civil pour régir la matière par une loi spéciale, comme cela est le cas dans d'autres ordres juridiques. Plus particulièrement, la loi vénézuélienne fixe le domaine de compétence, elle traite des critères pour la détermination du droit applicable et régit l'efficacité des jugements étrangers.

i) Dans les années quatre-vingt-dix et sur l'initiative de Gonzalo Parra Aranguren et Tatiana Maekeltfue la loi de DIPr a été adoptée le 6 août 1998 et est entrée en vigueur le 6 février 1999¹⁰¹. Cette loi a maintenu les dispositions fondamentales du projet de 1965 et s'est adaptée aux nouvelles lois en vigueur au Venezuela ainsi qu'à la mise à jour de ses règles effectuée dans le cadre des Conférences interaméricaines spécialisées sur le DIPr (CIDIP). En outre, l'ensemble des articles de cette loi s'ajuste à l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence vénézuélienne. L'objectif visé principalement consiste à éliminer les problèmes posés par la méthode statutaire, la rareté et l'éparpillement des règles, le recours au facteur de rattachement à la nationalité pour régir le statut personnel et le caractère hybride et antagonique de l'article 8 du code civil vénézuélien. La loi, jusqu'à l'adoption du code panaméen de DIPr en 2014, était la seule loi spéciale dans ce domaine en Amérique, et faisant le lien entre la doctrine contemporaine et le droit comparé au regard des données historiques, sociales et humaines de la réalité vénézuélienne. Cet instrument est de nature générale et expose en seulement 64 articles les règles énonçant ses principes généraux (art 1 à 15) et portant sur le droit applicable aux personnes physiques (articles 16 à 19) et morales (art 20), sur les rapports de famille (articles 21 à 26), sur les biens et les droits réels (articles 27 et 28), sur les obligations contractuelles (articles 29 à 31) et extracontractuelles (articles 32 et 33), sur les successions (articles 34 à 36), sur la forme et la preuve des actes (articles 37 et 38), sur la compétence territoriale des juridictions (articles 39 à 52 et 56 à 58), sur la coopération judiciaire internationale (article 59), sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères (articles 53 à 55) et enfin, sur les règles relatives à la condition procédurale du droit étranger (articles 60 et 61). Le choix du rattachement au domicile pour régir la capacité des personnes physiques (article 16) constitue une réforme profonde et fondamentale du système vénézuélien de DIPr, car il conduit à abandonner le lien avec la nationalité, qui est propre aux pays d'émigration soit en majorité des pays européens, pour se rapprocher des ordonnancements juridiques américains qui sont des pays d'immigration¹⁰².

¹⁰¹G. Parra Aranguren, "La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. LI 1999, 1, pp. 277-287.

¹⁰²H. Barrios, "Del Domicilio", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 46, n° 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 41 *et seq.*

ii) Le 27 août 2009, le Professeur Hernán Delgado a présenté à la Commission du Gouvernement en charge de la justice et des affaires constitutionnelles de l'Assemblée nationale du Panama, un avant-projet de loi régissant les relations de DIPr. Ce projet comprenait 190 articles et était guidé par la protection des intérêts des nationaux panaméens, la tolérance et la coexistence entre droits étrangers et compétence nationale dès lors que celle-ci régit les relations juridiques internationales. Il s'agissait donc de tenter de combler le vide juridique qui existait jusque-là en matière de systématisation dans ce domaine juridique et dont les règles étaient éparpillées dans divers textes législatifs, empêchant leur accès tant aux opérateurs juridiques qu'aux juges panaméens. Le contenu de ce travail de codification résulte de la pensée du juriste panaméen Gilberto Boutin, raison pour laquelle il est dit au Panama qu'il ne s'agit pas d'un courant « bustamantin » (en référence au code Bustamante) mais d'un courant « boutinin » vu l'influence exercée par ce juriste dans la construction du DIPr panaméen, resté fidèle au juriste cubain. Cette initiative a suivi tout le processus législatif pour donner lieu en 2012 à un projet de loi qui a conduit à l'adoption du code de DIPr de la République du Panama. Dans ce code et parmi les 189 articles que compte la version finale issue d'un complexe processus législatif, les dispositions mentionnées ci-dessus ont été remplacées par les articles 149 à 151 et la dernière disposition prévoit une période de *vacatio legis* de six mois. Par conséquent, la voie de la réforme aurait pu sembler ouverte. Cependant, la Constitution panaméenne, au titre du paragraphe 6 de son article 183, prévoit une spécificité qui a toute son importance en matière d'adoption législative et qui donne au président de la République le droit de s'opposer aux projets de loi. Et cette disposition spécifique a été utilisée à cette occasion¹⁰³, ce qui n'arrive que rarement. Dans le même temps et plus particulièrement le 26 février 2013, la Commission du Gouvernement en charge de la justice et des affaires constitutionnelles de l'Assemblée nationale du Panama discutait de l'adoption du projet de loi sur l'arbitrage commercial national et international au Panama¹⁰⁴ dont le rapporteur était le Professeur Raúl Hernández¹⁰⁵. Il s'ensuivit l'adoption de la loi

¹⁰³L'opposition présidentielle visait essentiellement le projet relatif à l'arbitrage commercial international. Pour ces raisons entre autre, le président a opposé un veto partiel au projet de loi de DIPr. Face à cette situation, la Commission du Gouvernement en charge de la justice et des affaires constitutionnelles, se basant sur l'art. 205 du règlement organique de régime intérieur, a établi son rapport le 6 février 2013 et a considéré que les objections formulées par le président de la République étaient fondées. Pour cette raison, la commission a conclu qu'il convenait de modifier les art. 150, 151-158 et 159 du projet de loi de DIPr, recommandant à la chambre plénière de l'Assemblée nationale de les adopter dans leur intégralité. Cette recommandation a été prise en compte, amenant à un nouveau projet de loi en 2013.

¹⁰⁴http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf.

¹⁰⁵Les travaux parlementaires de ce dernier projet n'ont pas été exempts de problèmes, non plus. Il est évident que mener en parallèle le projet de loi de DIPr, contenant des dispositions qui s'éloignent de l'esprit du projet mentionné plus haut, a créé des tensions entre les partisans et les opposants de chaque projet. Le fait que le président de la République soit intervenu directement dans l'abandon du projet de DIPr est la preuve qu'il ne s'agissait pas d'un processus législatif pacifique. Mais ce dernier texte n'était pas le seul à être visé. Le texte qui avait été retenu dans un premier temps a suscité une vive opposition, à tel point qu'il a failli ne pas être adopté. Il ne l'a été qu'à la dernière minute, après avoir fait l'objet de nombreuses plaintes appelant le Président à également opposer son veto à ce texte, pour avoir apparemment induit de graves irrégularités ainsi que pour ne jamais avoir été approuvé en

131, du 31 décembre 2013, qui régit l'arbitrage commercial national et international au Panama¹⁰⁶. Ainsi le sort de la loi de DIPr semblait être scellé, toutefois, dans les dernières années du mandat du président Martinelli et à la surprise générale, les règles sur l'arbitrage international ont été maintenues et le feu vert a été donné pour promulguer le code de DIPr de la République du Panama¹⁰⁷. Ce code comprend 184 articles et se caractérise par sa grande conception du DIPr qui apparaît dans ses dispositions (la compétence judiciaire, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice et la coopération judiciaire internationale en matière civile). Il dépasse le cadre des législations contemporaines en élargissant son champ aux questions comme l'arbitrage international (entrant en conflit avec la loi de 2013, comme cela a été indiqué), le droit pénal, dans le sens « bustamantin » du terme et à d'autres questions comme le commerce ou la faillite internationale. La loi nationale joue un rôle important en matière de droit applicable, bien que le code reconnaisse d'une certaine manière la loi du domicile et la loi de la résidence habituelle. Il est curieux de constater que le code introduit une disposition de caractère général en DIPr mais qui va au-delà des domaines en question en énonçant de façon catégorique que « [l]e mariage entre personne de même sexe est interdit ». La polémique qu'a suscitée cet article a fait de l'ombre, dans les premiers temps de son entrée en vigueur, à l'appréciation générale du code.

C) Projets gouvernementaux et académiques

39. Selon le réseau juridique latino-américain, il est intéressant de se référer aux projets menés à bien en Amérique latine et à ceux en cours d'élaboration en DIPr dont fait partie la présente loi type.

i) Le projet de code modèle mexicain de DIPr d'octobre 2006 présente des objectifs de codification d'une grande ambition et un formidable effort de coordination d'études préparatoires. Au moyen de ses 226 articles, il est voué à s'appliquer à toute situation ou relation susceptible d'être en lien avec un autre ordre juridique. Il détermine le champ de compétence des autorités mexicaines, il fixe les critères pour la détermination du droit applicable et régit les modalités de reconnaissance des jugements et des actes publics étrangers. Il existe de nombreux points communs entre cet instrument et la loi type, tant pour sa structure tripartite (loi applicable, juridiction compétente et reconnaissance et exécution des jugements) – même si elle est présentée dans un ordre différent, que pour le champ matériel dont il traite et la référence au domicile comme lien dominant ainsi que l'abandon du code Bustamante. Les points qui diffèrent ont été largement influencés par l'œuvre de la

première lecture. F. Gómez Arbeláez, "Nueva ley de arbitraje, irregularidad legislativa", *La Prensa*, 19 décembre 2013.

¹⁰⁶J.C. Araúz Ramos, "La porfiada reforma del arbitraje en Panamá", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n° 1, 2014, pp. 143-149.

¹⁰⁷Ce code a été publié au Journal Officiel du 8 mai 2014. Selon l'art. 184 du code, il « prendra effet dans les six mois suivant sa promulgation. » <http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/46493.pdf>.

CIDIP dans le texte mexicain¹⁰⁸ et surtout dans la structure fédérale du système qui est pourvu de presque trois cents lois en vigueur dont un quart conserve un lien avec le DIPr¹⁰⁹. Si ce dernier point est résolu, l'État mexicain pourra se conformer aux dispositions de l'article 17 de sa constitution. D'où le choix d'un « code modèle ».

ii) À Porto Rico, le projet d'un livre de DIPr provient d'une proposition présentée entre 1987 et 1991 sous les auspices de l'Académie portoricaine de jurisprudence et de législation (« l'Académie »), présidée à l'époque par l'ex-président de la Cour suprême de Porto Rico, José Trías Monge. La proposition intitulée *A Project for the Codification of Puerto Rican Private International Law*, a été intensément débattue et amendée. Elle a été adoptée par un comité spécial de l'Académie¹¹⁰ auquel faisait partie Symeon Symeonides, consultant de la Commission commune, et qui proposa un projet de proposition actualisé sous le titre *A Bill for the Codification of Puerto Rican Private International Law*¹¹¹. Malgré certaines similitudes terminologiques avec d'autres codifications, c'est un livre totalement différent et indépendant. On trouve un exemple de son universalité et de sa particularité dans un article général et supplétif qui mentionne que l'objectif du mode de détermination de la loi applicable vise à identifier et à appliquer la loi de l'État qui « a le lien de rattachement le plus significatif avec les parties et avec le litige qui les oppose [...] »¹¹². Ce livre de DIPr

¹⁰⁸Il s'agit d'un projet de code modèle de droit international privé du 3 décembre 2005. *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1242-1276 ; J.A. Silva, "Una codificación iusprivatista para México: los trabajos para conformarla", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1221-1240.

¹⁰⁹<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹¹⁰Le comité a été présidé par Lino Saldaña, ex-juge associé à la Cour Suprême de Porto Rico. Le professeur Arthur T. von Mehren, Professeur de droit à l'université Harvard, a été consultant de ce comité et le professeur Symeon C. Symeonides, Professeur et Doyen à l'école de droit de l'université de Willamette a été le rapporteur de cette contribution.

¹¹¹À partir de ce document et à l'aide d'une première ébauche de traduction vers l'espagnol de la proposition de l'Académie soumise par Julio Romanach, du *Center of Civil Law Studies de Louisiana State University*, cette Commission commune a élaboré l'ébauche du livre de DIPr actuel. La rédaction des articles tout comme celle de leurs commentaires ont subi d'importantes modifications rendant nécessaire une uniformisation du langage et de la structure des articles, afin de les rendre conformes aux critères de rédaction du reste du projet de code civil révisé. De plus, dans certains cas, il a également été nécessaire d'y apporter quelques modifications de fond afin de l'aligner sur le nouveau contenu des autres livres du projet. Ceci a évidemment conduit à modifier des commentaires ayant pour but de justifier les règles. Même en consultant toutes ces sources, ce livre est encore bien loin d'être conforme à chacune d'entre elles.

¹¹²La portion de phrase en italique se rapproche de la phrase « rapport le plus significatif » du *Segundo Restatement* (sections 5, 188, 222, 28 & 291). Cependant, elle se rapproche également des expressions suivantes, employées dans d'autres codifications : « liens les plus étroits » (art. 9 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux obligations contractuelles), « le plus directement lié » (art. 30 de la loi vénézuélienne de droit international privé de 1999), « liens les plus étroits » (art. 200 et 206 des projets argentins de droit international privé de 1998), « rapport le plus étroit » ou « lien de rattachement le plus étroit » (loi suisse de DIPr de 1987), « lien étroit » (Code civil du Québec de 1994), « lien de rattachement le plus étroit » (art. 28 de la loi allemande de DIPr et convention de Rome) et « lien de rattachement le plus fort » (loi autrichienne de DIPr de 1978). De même, la phrase « lien de rattachement le plus significatif » est suffisamment différente de toutes les citations mentionnées plus haut. Par exemple, l'expression « plus significatif » invite à effectuer une analyse plutôt qualitative et n'a pas une connotation aussi territoriale ou physique que les expressions « plus fort » ou « plus proche », employées dans les formulations européennes. Dans une certaine mesure, ces différences et similitudes peuvent refléter les influences européennes et américaines en

inclut la doctrine jurisprudentielle de *Viuda de Fornaris* et celle des autres affaires de la Cour suprême de Porto Rico, tout en la développant et en adoptant un point de vue moins territorial et moins quantitatif. Il s'agit d'un point de vue fondé sur l'expérience portoricaine qui reprend les meilleurs éléments des deux côtés de l'Atlantique, sans se soumettre aveuglément et automatiquement aux juridictions étatsuniennes ou espagnoles. La portée et la structure de ce livre, conformément à la tradition civiliste du code civil de Porto Rico, traite uniquement de la loi applicable aux situations présentant un élément d'extranéité. Il ne traite pas de la compétence interétatique ou internationale, ni de la reconnaissance des jugements étrangers. Ce livre se compose de quarante-huit articles ordonnés dans six titres : titre I (« Dispositions générales »), titre II (« Institutions familiales »), titre III (« Droits réels »), titre IV (« Droit des obligations et contrats »), titre V (« Des obligations qui naissent d'une faute ou d'une négligence ») et titre VI (« Droit des successions »).

iii) L'initiative législative de 2014¹¹³ s'est fixée de corriger, dans la mesure du possible, cette situation en prévoyant d'atteindre les deux objectifs suprêmes dans les relations de droit international privé qui sont la raison d'être de toute norme de droit, à savoir la justice et la sécurité juridique, ainsi que d'ajuster ses dispositions aux caractéristiques propres et aux besoins de la réalité sociale, économique et humaine de la République Dominicaine. Concrètement, il s'agit en premier lieu de résoudre les problèmes du système de DIPr, que posent les contradictions entre l'article 3, à fort contenu statutaire, et l'article 15 du code civil avec d'autres dispositions éparées dans les autres codes et lois spéciales¹¹⁴. Il s'agit, en second lieu, d'ajuster la législation de DIPr à la réalité sociale de la République Dominicaine et en troisième lieu d'adapter les solutions internes aux réalisations pratiques de la codification internationale, spécialement à partir des expériences issues de la Conférence de La Haye de DIPr à l'échelle mondiale et de la Conférence interaméricaine spécialisée de DIPr à l'échelle de l'Amérique latine. Tout cela doit

la matière. Il est cependant plus important de noter que les termes « *lien de rattachement le plus significatif* » et l'objectif qu'ils poursuivent est soutenu par la jurisprudence portoricaine de droit international privé, en particulier à travers l'expression « *contacts dominants* » employée dans *Maryland Casualty, Viuda de Fornaris y Green Giant*. Toutefois, l'expression « *plus significatif* » est suffisamment différente pour ne pas être exposée à une interprétation erronée qui inviterait à effectuer un calcul mécanique ou quantitatif de contacts ou une simple localisation géographique du litige.

¹¹³La commission ayant rédigé le rapport était composée de : Edynson Alarcón, Julio Cesar Valentin, Marco Herrera, Marcos Peña, Cruz, Peña, Fabiola Medina, Mario Pujols, Leidylin Contreras, M.A. Víctor Villanueva, M.A. Nathanael Concepción, M.A. Marjorie Félix, Ana Carolina Blanco Hache, ainsi que du Professeur José Carlos Fernández Rozas en qualité de rapporteur. La Fondation Globale Démocratie et Développement (FUNGLODE), l'Institut Global des Hautes Études en Sciences Sociales (IGLOBAL) et la Fondation Institutions et Justice (FINJUS) ont remis, le 19 mars 2014, la proposition de projet de loi de droit international privé au président du Sénat de la République, Reinaldo Pared Pérez. C'est Marcos Villamán, recteur de l'IGLOBAL, qui a été chargé de remettre cette proposition de projet de loi. <http://www.funglode.org/wp-content/uploads/2013/11/proyecto-ley-derecho-internacional-privado.pdf>.

¹¹⁴S.T. Castaños, "Algunas reflexiones sobre la necesidad e importancia de regular el derecho internacional privado de la República Dominicana mediante una ley especial?", *Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General* (République Dominicaine), Año 18, n° 329, 2014; R. Campillo Celado, "Necesidad de la adopción de una ley nacional sobre Derecho internacional privado en la República Dominicana", *ibid.*

se faire sans perdre de vue les solutions fournies par l'unification du DIPr dans l'Union européenne du fait de l'origine véritablement européenne du système dominicain. Enfin, il convient d'adapter les solutions dominicaines au développement universel de la matière ainsi qu'aux législations les plus récentes, qui sont devenues au fil du temps des instruments valables pour un développement harmonieux des relations juridiques transfrontalières. Les remarques avancées jusqu'ici permettent de tirer les grandes lignes du projet et de justifier le choix d'une loi spéciale comme technique législative adaptée et la structure tripartite de la matière régie. Cela permet également d'entrevoir les influences dans les solutions adoptées. Elle contient cinq titres : titre I (« Dispositions communes ») ; titre II (« Extension et limites de la compétence dominicaine en matière civile et commerciale ») ; titre III « Détermination du droit applicable ») ; et titre IV (« Reconnaissance et exécution des décisions de justice et des actes publics étrangers »).

40. L'examen comparatif de l'ensemble de ces initiatives menées dans la région de la Caraïbe fait ressortir des divergences et révèle également de nombreux points communs sur lesquels la loi type s'aligne. Et ces points communs s'étendent à d'autres ambitions législatives menées avec plus au moins de succès dans l'hémisphère américain.

i) Parmi celles-ci figure le processus difficile mené en Argentine qui propose d'insérer dans le code civil un livre VIII comprenant des règles de DIPr relatives à la compétence judiciaire internationale et au droit applicable¹¹⁵. Le projet ne traite pas des problèmes de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires et extrajudiciaires rendues à l'étranger. Ses défenseurs reconnaissent qu'il répond : a) à une conception de la politique législative très fortement tournée en Argentine vers le processus d'intégration ; b) à un engagement juridique et éthique pour la « garantie et la protection des secteurs faibles de la société » ; et c) à la coordination imposée par le droit conventionnel dont il n'est pas possible de s'écarter¹¹⁶. Le projet se compose de 130 articles auxquels s'ajoutent deux dispositions contenant les dispositions transitoires. Ces articles sont divisés dans quatre titres. Le premier titre

¹¹⁵Le projet de code argentin de DIPr a été élaboré par un groupe de juristes internationalistes privatistes argentins, sous l'égide de la « Commission d'étude et d'élaboration du projet de loi de droit international privé » nommée par l'exécutif (Res. M.J y DH 191/02 et Res. M.J.S y D.H. 134/02) et composée des D^r Miguel Angel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, Maria Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Maria Perugini Zanetti, Horacio Daniel Bombo, Julio Cesar Rivera, Amaia Uriondo de Martinolli et Inés M. Weinberg de Roca. Par la suite, ce projet a été remis au Congrès national conjointement avec le « projet d'unification du code civil et du code de commerce » afin de procéder à leur traitement législatif. http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2004/PDF2004/TP2004/02abril_2004/tp037/2016-D-04.pdf

¹¹⁶À signaler la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et à la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, à la Convention interaméricaine de La Paz de 1984 sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs ou à la Convention interaméricaine de Montevideo de 1989 sur les obligations alimentaires.

(articles 1 à 16) donne une réponse aux problèmes généraux de DIPr par des « Dispositions générales » qui traitent de l'objet, du champ d'application du projet et des questions traditionnelles en la matière. Le titre II dispose des règles sur la compétence judiciaire au moyen de quatre chapitres à savoir « Dispositions générales », « Compétence spéciale », « Compétence exclusive » et « Litispendance internationale ». Le titre III s'intéresse aux règles de droit applicable et se divise en quinze chapitres qui traitent des divers domaines systématisés comme la « personne humaine », les « personnes morales de droit public », les « personnes morales de droit privé et les sociétés », les « actes juridiques », les « contrats », les « titres », les « obligations alimentaires », la « responsabilité extracontractuelle », les « droits réels », les « droits d'auteur », les « rapports de famille », la « protection des incapables majeurs », les « successions », l'« insolvabilité et la « prescription ». Enfin, le titre IV comprend les « Dispositions transitoires »¹¹⁷.

ii) Il convient également dans tout processus de codification interne en Amérique latine de mentionner le projet de loi générale de DIPr élaboré en Uruguay¹¹⁸. Comme cela est indiqué dans l'exposé des motifs, cette initiative a des objectifs modérés quant au contenu de la matière. Il s'agit de mettre à jour les règles de source nationale en les harmonisant avec les règles de source internationale ayant été ratifiées en Uruguay ou auxquelles le pays a largement participé au travers de ses délégations. Le tout également sans préjudice des dernières réglementations de source nationale adoptées en droit comparé afin d'éviter un isolement inutile. L'influence qu'a eue sur lui l'œuvre codificatrice de la CIDIP est même supérieure à celle opérée dans le cas du Mexique. L'influence des Conventions de La Haye de DIPr est très importante aussi. Le projet vise à remplacer l'actuel appendice du code civil et comprend trois domaines fondamentaux. Le premier porte sur les principes généraux et contient trois thèmes : les indicateurs qui doivent régir la mécanique de l'application de la règle de conflit, l'incidence de la spécificité du droit commercial international dans ce domaine et la définition du domicile comme l'élément de rattachement personnel

¹¹⁷Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas, "La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?", www.elDial.com ; *id.*, "La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?", *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, n° 4, 1999, "El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?", www.diritotalia.com, décembre 2000 ; N. Magallón Elósegui, "La reforma del Derecho internacional privado en la República Argentina", *Revista Estudios Internacionales*, 14, 2007.

¹¹⁸Il s'agit d'un texte composé de 63 articles qui intègre le projet uruguayen de loi générale de DIPr de 2008. L'idée a commencé à se concrétiser en 1994, avec l'initiative mise en œuvre par le Pr. Dr. Didier Operti Badán à l'institut de DIPr de la faculté de droit de l'Universidad de la República. Un groupe composé de plusieurs membres de l'institut a été désigné, à qui il a été assigné la tâche d'élaborer un premier avant-projet de loi nationale de DIPr, commençant par la théorie générale. Une fois cette tâche accomplie, ils se sont retrouvés dans l'impasse, surtout suite à la relance opérée à la demande du Pr. Operti. En effet, en qualité de ministre des affaires étrangères de l'Uruguay, il a formellement désigné un groupe de travail dont le rôle était d'élaborer un avant-projet de loi générale de DIPr devant se substituer à l'appendice du code civil créé par la décision n° 652/998 du pouvoir exécutif au 17/08/1998. Les membres du groupe, présidé par le Dr. Operti, étaient les Dr. Ronald Herbert, Eduardo Tellechea, Marcelo Solari, Berta Feder, Carmen González et Cecilia Fresnedo. Plus tard, les ont rejoint les Dr. Jorge Tállice, Paul Arrighi et Gonzalo Lorenzo.

fondamental, tel que cela a toujours été le cas. Ce premier thème est innovant au regard des normes de conflit de source nationale mais pas au regard de celles de source internationale. Le second thème a pour objet la loi applicable aux catégories juridiques posées comme références du système et le troisième thème porte sur la compétence dans la sphère internationale des tribunaux nationaux. Il est constitué des normes unilatérales, qui relèvent des modes d'attribution de compétence.

41. Le panorama s'avèrerait incomplet s'il ne faisait pas référence à quelques exemples de codification privée menée en Amérique latine en matière de DIPr.

i) En Colombie, la proposition de créer un corpus normatif homogène ou une loi regroupant et complétant les règles de DIPr qui sont actuellement dispersées dans l'ordre juridique colombien s'explique¹¹⁹ non seulement par la nécessité de promouvoir son unification mais également d'organiser de façon systématique le grand nombre de règles de ce type qu'il contient. C'est la raison pour laquelle il est apparu impératif qu'un projet vienne proposer une unité normative, dont l'objectif primordial est d'effectuer les ajustements pertinents pour adapter la législation nationale aux pratiques internationales actuellement en développement dans le contexte mondial et ainsi intégrer des règles de type conventionnel et multilatéral en vigueur dans cet ordonnancement juridique. Cette tâche a été menée à bien par le professeur José Luis Marín Fuentes de l'Université de Medellín qui a élaboré le projet de loi générale de droit international privé pour la Colombie¹²⁰. Il prévoit, entre autres, de a) unifier dans un seul corps normatif les différentes règles de droit international privé qui se trouvent non seulement dans différents codes mais également dans les textes conventionnels ratifiés par la Colombie ; b) disposer d'une réglementation de la matière plus claire, plus précise, plus cohérente et mieux ordonnée, facile à consulter, à comprendre et à appliquer ; c) faciliter l'ouverture juridique au champ international, en recherchant à adapter le droit international privé colombien aux changements actuels qui interviennent dans le domaine juridique, social et commercial international ; d) défendre un développement harmonieux des relations de droit international privé, ainsi que les mouvements migratoires et commerciaux dans la sphère internationale ; e) clarifier les dispositions légales actuelles, et dans le même temps énoncer des règles plus simples et plus précises pour régir les domaines complexes de cette discipline ; f) rendre toute cette information plus accessible à toutes personnes ayant un intérêt direct ou indirect pour la matière, sans en importer les spécificités dont elles relèvent ; g) diffuser et développer la science du droit international privé dans le domaine juridique colombien, en recherchant par là même un développement harmonieux de ses règles avec celles qui font partie de l'ordonnancement juridique national. La structure du projet est la suivante : après un chapitre consacré aux « Dispositions générales » il est question, dans un premier temps, des problèmes d'application de la règle de

¹¹⁹J.L. Marín Fuentes, *Derecho Internacional Privado*, Medellín, Editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 17.

¹²⁰http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidades_Academicas/FacultadDerechoCienciasPoliticas/BibliotecaDiseno/Archivos/01_Documentos/proyecto_de_ley_gral_der_intrna_priv2.pdf.

conflit, de la compétence judiciaire internationale et de l'efficacité des jugements étrangers, pour s'achever en précisant les éléments de rattachement en insistant plus particulièrement sur la résidence habituelle. Dans un second temps, le projet s'attache à régir les institutions concrètes comme les personnes physiques, le mariage, les donations, la filiation, l'adoption, les aliments, la protection des mineurs, la disparition, l'absence et la mort présumée, les successions, les personnes morales, les sociétés commerciales, les biens, les obligations contractuelles et non contractuelles, la responsabilité civile extracontractuelle, la propriété intellectuelle, l'insolvabilité, les titres et la prescription. Le projet se conclut par un ensemble de dispositions finales. Il est actuellement en cours de discussion par la communauté scientifique colombienne.

ii) Hors de la zone caribéenne, la Bolivie a publié la première version d'un projet dont l'auteur est Fernando Salazar-Paredes et qui suit de très près les lignes générales de la loi de DIPr vénézuélienne de 1998. Durant l'année 2005, la Faculté de Droit de l'Université Privée de Santa Cruz de la Sierra a reçu une demande de l'auteur sur le projet pour débattre les divers pans du projet comme cela a été le cas le 11 mai 2005 sur « L'avant-projet de la loi de droit international privé bolivien ». Dans le chapitre I (« Dispositions générales »), après avoir énoncé le champ d'application de la loi, le projet traite des problèmes techniques d'application qu'impliquent la solution des conflits de lois reprenant l'essentiel des principes de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé que la Bolivie a signé en 1984. Le chapitre II (« Du domicile ») fixe le régime du domicile des personnes physiques et des personnes morales comme mode de détermination du droit applicable ou de la compétence des juges ou des tribunaux. Après avoir traité de l'établissement du lieu de domicile des personnes en général, il s'oriente ensuite vers les cas spéciaux comme le domicile conjugal, celui des mineurs et des incapables majeurs et, enfin, les cas où le domicile de la personne ne peut pas être pris en compte. Le concept général de domicile, dans le cadre de la loi, est dénommé « résidence habituelle » ce qui s'avère facile à vérifier tout comme les domiciles spéciaux, parmi lesquels figure celui de la femme mariée qui se voit attribuer pleine autonomie juridique par rapport au domicile du mari. Le chapitre III (« Des personnes ») définit le droit applicable à l'existence, à l'état et à la capacité des personnes physiques et morales. Le chapitre IV (« Des personnes morales ») traite de l'action extraterritoriale des personnes morales de droit public comme de droit privé. Le chapitre V (« De la famille ») détermine le droit applicable à la validité et à la preuve du mariage, y inclus les conditions du mariage à distance et du mariage consulaire, et énonce une énumération des empêchements d'ordre public international conduisant à ne pas reconnaître les mariages célébrés à l'étranger qui contreviendraient aux principes fondamentaux de l'ordonnement juridique bolivien. De même, le texte régit le droit applicable aux unions hors mariage, et aux effets personnels et patrimoniaux du mariage y compris les conditions de reconnaissance des contrats de mariage passés à l'étranger. De même, le texte régit le régime juridique applicable au divorce et à la séparation, à l'établissement de la filiation, aux règles applicables à l'adoption internationale ou étrangères et ce qui se réfère à la tutelle et autres protections des incapables, tout en se référant expressément aux problèmes posés par l'enlèvement des enfants et au trafic international des mineurs. Concernant le droit patrimonial, le

chapitre VI (« Des biens »), dans la première section se réfère aux droits réels et dans la deuxième section aux droits d'auteur. Quant aux « obligations » traitées dans le chapitre VI (et plus particulièrement dans le cas d'obligations contractuelles), le texte a tenté de résumer dans un ensemble de dispositions les orientations prises par la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux du Mexique de 1994, signée par la Bolivie. Le chapitre VIII (« Des successions ») détermine la loi du domicile du de cujus comme étant celle applicable aux successions. De même, la capacité de tester ou de révoquer un testament est soumise au droit le plus favorable entre celui du domicile et celui de la nationalité du testateur. Le chapitre IX (« De la forme des actes et du pouvoir de représentation ») propose une réforme nécessaire relative à la forme des actes en marquant la différence entre la loi qui impose une forme, celle qui la règlemente et enfin celle qui considère qu'elle présente une équivalence d'effets. Le projet s'intéresse également à certaines questions propres au droit des affaires internationales. Ainsi, le chapitre X (« Des titres cambiaires ») fixe le régime intégral du droit applicable aux titres cambiaires internationaux relatif au vide juridique qui existe dans ce domaine dans la législation bolivienne actuelle. Le chapitre XI (« De l'insolvabilité ») prévoit que les procédures d'insolvabilité sont régies par le droit de l'État dont relève le tribunal qui est saisi, et quant à la « prescription », le chapitre XII considère qu'elle est la cause d'extinction et d'acquisition de droits et propose de rattacher le droit applicable à la prescription à celui des droits et obligations auxquels elle se réfère. Les questions de compétence judiciaire internationale sont traitées au chapitre XIII (« De la compétence judiciaire »). La première section commence par accepter la prorogation de juridiction expresse ou tacite en matière patrimoniale, sauf si les juridictions de la République ont compétence exclusive. De même, elle traite de la notion de « for de nécessité ». Ensuite, la deuxième section prévoit spécifiquement la compétence internationale dans diverses situations. Quant à l'« efficacité des jugements étrangers », le chapitre XIV dispose que les jugements et autres décisions de justice rendus à l'étranger auront, en Bolivie, la force qui leur est reconnue par les traités respectifs. Enfin, concernant le chapitre XV (« De la procédure »), le projet de loi prévoit que la compétence et la forme de la procédure seront régies par le droit et l'autorité devant laquelle elle se déroulera. Le déclinatoire de compétence du juge ou des juridictions boliviennes au profit du juge ou des juridictions étrangères pourra être déclaré d'office, ou à la demande d'une partie, à tout moment et degré de l'instance¹²¹.

D) Participation limitée dans la codification internationale

42. Depuis le début de l'OEA, les États américains ont réaffirmé que la meilleure contribution pour la paix est le respect du droit international public. En ce sens, la Charte de l'organisation dispose que « le droit international est la norme de conduite des États dans le cadre de leurs relations réciproques » et que l'ordre international est constitué, entre autres, « par l'exécution fidèle des obligations nées des traités et des autres source de droit international ». Parmi les matières sélectionnées pour la

¹²¹<http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf>.

codification, dans le contexte interaméricain il peut être fait mention de la Convention sur les traités de la Havane en 1928 et les règles sur les réserves, qui ont été reprises postérieurement par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et par la Convention de Vienne sur le droit des traités. À partir de là, l'orientation vers l'application prioritaire des traités internationaux de DIPr devient prédominante dans la majorité des systèmes latino-américains¹²², et plus précisément dans les États qui sont membres de la Conférence de La Haye de DIPr qui se sont inspirés de la conception « moniste » quant à l'intégration des traités dans les ordres juridiques internes¹²³. De même, à l'exception du Venezuela, ces États sont signataires de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ce qui conduit à une certaine unicité dans ce domaine¹²⁴ hormis ses limites. Dans le cadre de la CIDIP, il est également fait expressément référence à l'application des normes de conflit, ce qui produit un effet didactique à l'encontre surtout du juge¹²⁵. Ce n'est pas en vain que l'article 1 de la Convention interaméricaine sur les règles générales de DIPr de 1979 dispose que la « détermination de la règle de droit applicable pour régir les situations liées au droit étranger sera fixée par les dispositions de la présente convention et des autres conventions internationales qui ont été ou qui seront signées dans le futur de façon bilatérale ou multilatérales par les États parties. » Il ajoute qu'à défaut de traité « les États parties appliqueront les règles de conflit issues de leur droit interne »¹²⁶. Le DIPr de source nationale se voit donc octroyer un rôle supplétif, et si cela semble évident pour certaines règles législatives internes, comme l'art 20 du code civil cubain de 1987 ou l'article 12 du code civil mexicain de 1987, cela ne l'est pas dans d'autres. Le cas de l'article 2047.1° du code civil péruvien de 1984 est singulier en ce sens car il exige la « pertinence » des traités internationaux « ratifiés » par le Pérou, « et dans le cas où ils ne le seraient pas » le livre X du code s'appliquera.

Nonobstant, la solution aux questions de l'insertion des règles de DIPr d'origine conventionnelle est déterminée dans sa généralité par les textes constitutionnels ou les dispositions préliminaires des codes civils, qui rendent parfois difficile une telle insertion et posent des problèmes de hiérarchie interne des règles internationales¹²⁷. Et ce, dès lors que nous ne sommes pas en présence de conventions qui, par leur

¹²²G. Parra-Aranguren, "Las recientes modificaciones del DIPr en el Continente Americano", *Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n° 43, 1991, pp. 357-443, spéc. pp. 399-406.

¹²³J.H.A. van Loon, en *The Effect of Treaties in Domestic Law* (F.J. Jacobs y S. Roberts, eds.), vol. 7, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 229 *et seq.*

¹²⁴Du point de vue du droit des traités *vid.* I. Sinclair, "The Vienna Convention on the Laws of Treaties: The Consequences of Participation and Non-participation", *Am. J. Int'l L.*, Proceeding of 78th Annual Meeting, 1984, pp. 271 *et seq.*

¹²⁵*Vid.* H.U. Jessurun D'Oliveira, "Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence", *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, pp. 117 *et seq.*

¹²⁶L'adoption de ce principe a été vivement saluée par W. Goldschmidt, "Un logro americano en el campo del DIPr", *El Derecho* (Buenos Aires), n° 4.763, 24 juillet 1979.

¹²⁷K. Siehr, "Codificazioni del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali", *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1986, pp. 497-507.

faible usage, leur ancienneté ou par leur caractère récent, se trouvent méconnues du juge¹²⁸.

43. Au jour d'aujourd'hui, le processus d'intégration en matière de DIPr en Amérique latine repose sur les traités internationaux et sur ce point de nombreuses divergences existent dans la zone. Le système interaméricain comprend un cadre normatif suffisant quant aux Conventions relatives à la coopération juridique et judiciaire et à l'assistance mutuelle, et couvre tant le droit de la procédure que le droit de la famille, toutefois ce système ne s'applique pas suffisamment à la zone OHADAC. L'application effective de la coopération judiciaire dans ce cadre passe par la création d'un réseau d'autorités centrales et de fonctionnaires gouvernementaux comme le requièrent les conventions. Il conviendrait d'offrir aux autorités centrales les instruments nécessaires pour assurer correctement leur fonction et une communication sûre et efficace, ainsi que pour favoriser les investigations en matière de coopération judiciaire en Amérique latine. En effet, définir un cadre légal stable de coopération judiciaire requiert de connaître préalablement et en profondeur la réalité de la situation quant aux normes concernées.

Dans la communauté latino-américaine, il existe des modèles qui présentent des problèmes similaires d'interaction entre les processus de production normative, posés par la coexistence de normes entre le code civil, et ses différentes versions qui portent sur le DIPr (napoléon, allemand, chilien et argentin), et la réglementation d'origine conventionnelle¹²⁹. Le cas le plus significatif est celui du Mexique qui, après une longue période d'opposition au régime conventionnel pour régir les relations de droit international privé, a entamé à partir de 1975 une politique d'insertion des traités internationaux, particulièrement multilatéraux, ce qui a posé à ce pays de nombreux problèmes d'interaction avec l'ordre juridique interne¹³⁰. Ces problèmes ont été, en quelque sorte, assez proches de ceux qui se sont posés en Espagne après les changements de régime politique à la même époque. Parmi les autres modèles, il convient de signaler le rôle des « Traités de Montevideo »¹³¹, né

¹²⁸E. Jayme, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 68-69.

¹²⁹Il est juste de signaler la sensibilité particulière aux problèmes de coexistence entre le code civil et les conventions internationales signées par l'Uruguay décrite dans l'ouvrage de Q. Alfonsín, *Curso de Derecho privado internacional con especial referencia al Derecho uruguayo y a los Tratados de Montevideo de 1889. Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1955, spéc. pp. 227 et seq.

¹³⁰Plus d'une cinquantaine de traités internationaux relatifs au DIPr au sens large ont donné un nouveau visage aux processus de production normative existants au Mexique. *Vid.* L. Perezniето Castro, "El art. 133 Constitucional: una relectura", *Jurídica*, n° 25, 1994 et L. Ortíz Ahlf, "Comentarios sobre algunos problemas de Derecho internacional público que plantean las Convenciones de DIPr", *Memoria del XIII Seminario Nacional de DIPr*, México, UAM, 1992, pp. 176 et seq.).

¹³¹Ils sont le fruit d'une série de « Congrès hispano-américains » qui se sont tenus à partir de 1826. Ils ont ensuite été nommés « Traités de Montevideo » de 1889, révisés en 1939-1940. *Vid.* M. Argúas, "The Montevideo Treaties of 1889 an 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America", dans le livre centenaire de la ILA, *The Present State of International Law and Other Essays*, Kluwer, 1973, pp. 345-360.

de l'euphorie codificatrice supranationale qui s'est manifestée dans les Républiques latino-américaines à la première heure de leur indépendance et qui ont eu une influence fondamentale sur le DIPr. Qu'il s'agisse de la polémique sur la loi de la nationalité et celle du domicile comme toile de fond¹³², ou bien du « code Bustamante », cela confère une singularité au système de codification internationale de DIPr en Amérique latine.

E) Répercussion de l'œuvre de la Conférence de La Haye de DIPr

44. Les Conventions de La Haye de DIPr ont été élaborées dans une double perspective : d'une part, fournir un cadre juridique aux échanges privés internationaux qui impliquent des personnes, des familles ou des entreprises, ce qui offre un certain degré de certitude dans les solutions ; d'autre part, faciliter la résolution ordonnée et efficace des litiges transfrontaliers, la bonne gouvernance et l'État de droit dans le respect de la diversité des traditions juridiques.¹³³ À cela peut s'ajouter une fonction importante comme celle de constituer un soutien un instrument d'appui essentiel dans l'intégration régionale¹³⁴.

Au cours des dernières années, le nombre d'États membres de la Conférence de La Haye a pratiquement doublé. Aujourd'hui presque cent cinquante États de la communauté internationale participent en tant qu'États parties à des conventions issues de cette institution. Cela démontre qu'il existe une demande croissante de la part des gouvernements pour la formation spécialisée et le conseil. Un tel soutien est très souvent essentiel pour assurer les objectifs des différentes conventions, comme la protection des enfants ou des adultes qui requièrent une mise en œuvre et un contrôle spécial et continu.

¹³²Lors du Premier congrès juridique latino-américain, qui eut lieu à Lisbonne en 1889, la polémique sur la loi de la nationalité et celle du domicile en matière de réglementation du statut personnel a été au centre des débats. *Vid.* M. Torres Campos, *Elementos de DIPr*, 4^{ème} ed, Madrid, Librería de F. Fé, 1913, pp. 145-146.

¹³³*Vid.* G. Droz, M. Pellichet et A. Dyer, "La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son bureau permanent", *Recueil des Cours*, t. 168 (1980-III), pp. 213-268 ; R. Graveson, "Problems of the Hague Conference of Private International Law", *Essays in honour of R. Ago*, vol. IV, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 125 *et seq* ; M. H. van Hoogstraten, "La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye", *Recueil des Cours*, t. 122 (1967-III), pp. 337-435 ; *id.*, "L'état présent de la Conférence de La Haye de droit international privé", *The Present State of International Law* (Libro centenario de la I.L.A.), Deventer, 1973, pp. 371 *et seq.* ; J.H.A. Van Loon, "Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye", *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 1133-1150 ; A. E. von Overbeck, "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 233 (1992-II), pp. 9-98 ; R. Viñas Farré, *Unificación del DIPr. Conferencia de La Haya de DIPr*, Barcelona, Bosch, 1978 ; W. von Steiger, "Konventionen oder Modellgesetze?", *Ann. suisse dr. int.*, vol. 17, 1970, pp. 39 *et seq.*

¹³⁴*Vid.* G. Vieira da Costa Cerqueira, "La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des régionales Organisations d'intégration économique", *Rev. dr. unif. / Unif. Rev. Law*, vol. 12, n° 4, 2007, pp. 761-793.

Malgré son importance indiscutable, la répercussion de l'œuvre de la Conférence de La Haye de DIPr en Amérique latine¹³⁵ et, en particulier dans la zone de la Caraïbe, a été très limitée hormis le cas du Mexique ou du Venezuela¹³⁶ et des territoires liés à la France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. Au cours des dernières années, le groupe caribéen a augmenté suite à l'entrée du Costa Rica en 2011 ainsi que d'autres pays d'Amérique latine comme le Paraguay en 2005, l'Équateur en 2007, à l'issue du Programme spécial pour l'Amérique latine de 2005.

Cette ouverture a l'avantage de permettre aux représentants de ce groupe de pays de débattre en espagnol, même si cette langue n'est pas encore parvenue à devenir une véritable langue de travail. Pour sa dix-huitième session, à l'occasion de la Conférence relative à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance, à l'exécution et à la coopération en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des mineurs d'octobre 1996, l'invitation adressée à ce groupe pour participer aux débats en tant qu'observateurs a été réitérée donnant lieu à l'assistance de représentants de la Colombie, du Costa Rica, de l'Équateur, du Paraguay et du Pérou.

45. Depuis 2004 et en vue de soutenir l'application effective et généralisée de ses conventions, la Conférence de La Haye a développé une politique d'expansion tournée vers les expériences d'intégration régionale en Amérique latine, en Europe de l'Est, dans la région de l'Asie-Pacifique et dans toute l'Afrique. Pour ce faire, elle a déployé un vaste programme d'activités au niveau régional qui encourage la coopération et la coordination entre les États ayant des liens particuliers sur le plan culturel, géographique et linguistique. En retour, il s'agit de faciliter une adaptation plus effective des Conventions de La Haye à la culture juridique et, en particulier, à des domaines partagés entre les États d'une région. Suite aux conclusions et recommandations adoptées en décembre 2004 et au cours du Séminaire des Magistrats latino-américains de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants mineurs en 1980, le Bureau permanent a pris très au sérieux le besoin de renforcer le fonctionnement des Conventions de La Haye en Amérique latine et de promouvoir la participation des États de cette région aux travaux de la Conférence de La Haye.

Cette initiative a donné lieu à la mise en place en 2005 d'un Programme spécial pour les États d'Amérique latine auquel ont collaboré les gouvernements argentin, étatsunien et espagnol et auquel ont contribué de nombreux autres États dans le cadre du budget supplémentaire géré par le Centre International d'études judiciaires et d'assistance technique de la Conférence de La Haye. Principalement, les objectifs de

¹³⁵Vid. G. Parra-Aranguren, "The Centenary of the Hague Conference on Private International Law", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing und Lichtenhahn, 1993, pp. 111-112 ; D. Operti Badán, "The Relationships between Latin American and the Hague Conference regarding the Recent Developments of Private International Law," *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 421-432.

¹³⁶Concernant l'admission et l'acceptation du Venezuela vid. G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya sobre DIPr", *Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n° 37, 1986-87, pp. 204-205. Il va sans dire que l'Espagne a voté en faveur de son admission.

ce programme tendent à encourager : a) la participation des agents régionaux et des États dans les travaux de la Conférence de La Haye; b) la création de réseaux entre les organismes, les autorités centrales, les magistrats du Réseau de La Haye, les organisations internationales et le milieu universitaire ; et, c) l'accès à l'information quant à la Conférence de La Haye aux acteurs de la région, en incitant la connaissance et les bonnes pratiques issues des Conventions de La Haye. Ce programme vise également à rassembler l'information et à mener une investigation dans la région conformément aux besoins du Bureau permanent, afin d'aider au développement des outils et des guides de la Conférence de La Haye (*v.gr.*, INCADAT, INCASTAT, iChild, e-APP et des guides de bonnes pratiques, entre autres) pour les personnes et les organismes en charge de l'application des Conventions de La Haye. Il a aussi pour but de développer et d'encourager le travail de la Conférence de La Haye en espagnol et de coordonner l'assistance technique à destination des États d'Amérique latine en proposant des formations et des séminaires pour les juges les fonctionnaires gouvernementaux, l'autorité centrale et les autres fonctionnaires et professionnels chargés de l'application des conventions de La Haye.

De façon permanente, les fonctionnaires, les juges, les professionnels et les universitaires de la région sont désormais en contact avec le Bureau de l'Amérique Latine, qui, soit leur répond directement, soit oriente les demandes exprimées vers le Bureau permanent. De même, de nombreuses demandes effectuées à partir du Bureau permanent de la région sont orientées vers le Bureau de l'Amérique qui sert de source d'information et de canal régional pour de nombreuses initiatives émanant de niveau global et qui sont traitées par le Bureau permanent.

Il est difficile d'évaluer avec précision les résultats d'un programme dont la portée n'a cessé d'augmenter d'année en année et qui est entièrement lié au fonctionnement du Bureau permanent. Plus particulièrement, le personnel du Bureau permanent a été très impliqué et/ou a directement participé à de nombreuses activités qui ont été rapportées dans le présent document. Toutefois, nous tentons de montrer quelques avancées concrètes qui se sont produites dans la région au cours des sept dernières années et qui sont directement liées au travail mené par le Bureau de l'Amérique latine.

La participation des États d'Amérique Latine aux activités de la Conférence de La Haye s'effectue au travers du Bureau de l'Amérique latine et comprend la distribution de questionnaires, la traduction de documents préliminaires en langue espagnole, l'envoi de documents et le financement de voyages pour faciliter l'assistance aux événements. Ce Bureau facilite la participation des délégués de la région aux réunions internationales, aide les délégués et les experts à obtenir des informations importantes et encourage le dialogue régional par des conférences téléphoniques, des réunions régionales, la préparation de propositions conjointes et de documents de travail pour les réunions mondiales.

46. Malgré ce qui précède, il n'en demeure pas moins que les instruments en vigueur dans la zone OHADAC, même s'ils sont limités, se réfèrent à des questions comme la légalisation, la procédure civile, l'enlèvement d'enfants mineurs et,

compte tenu des spécificités de cette matière, l'adoption internationale¹³⁷. Et cette situation n'a guère varié substantiellement même si, au cours des dernières années, le Costa Rica et la République Dominicaine ont intégré la Convention du 5 octobre 1961 sur l'apostille et la République Dominicaine et Cuba ont signé la Convention du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. De même, la République Dominicaine est partie à la Convention du 19 octobre 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants.

À l'insuffisance constatée du nombre d'instruments limité qui régissent la matière, s'ajoute le manque d'un véritable développement des mécanismes d'assistance judiciaire internationale et de coordination entre les autorités extrajudiciaires afin de permettre aux acteurs juridiques d'atteindre les principes énoncés dans les Conventions. En d'autres termes, l'application de ces instruments est coûteuse et constitue souvent un point de départ vers une adaptation sur le plan interne, mais elle n'est en aucun cas un apport autosuffisant permettant de résoudre les problèmes liés au droit international privé. D'où la nécessité de veiller, lors de l'entrée d'un État, à anticiper les problèmes éventuels que poserait son application dans l'ordre juridique interne, et qui très souvent requiert une dotation budgétaire très importante¹³⁸.

Une troisième limite porte sur la politique de blocs qui existe dans la Conférence de La Haye et qui se traduit par une relativité spatiale quant à l'efficacité des Conventions qui en découlent, et tel que cela apparaît au sein du « Groupe européen de DIPr » et même de l'UE. Non seulement ce groupe déploie une influence *ad extra* à la propre Conférence mais en plus, il se trouve inévitablement dans une position de force extrême au sein même de la Conférence. Pour le moment, cette position se concentre de préférence dans le domaine patrimonial, mais les champs de compétence étendue en matière de coopération judiciaire civile que le « Troisième pilier » défini par Maastricht apportent, et les nouvelles possibilités d'harmonisation du droit de la famille en Europe, peuvent constituer un nouveau facteur de particularisme régional et, par conséquent, d'éloignement.

47. Enfin, les tâches codificatrices menées des deux côtés de l'Atlantique sur la même matière risquent difficilement de se rejoindre à cause du jeu des clauses d'adhésion insérées dans les Conventions spécifiques aux « conflits de lois ». En effet, certains de ces instruments émanant de la Conférence de La Haye depuis 1961 contiennent des clauses d'application universelle qui excluent toute condition de réciprocité. Si cela est, sans aucun doute, propice à l'unification des normes de conflit, cela peut également conduire à faire obstacles aux relations de DIPr outre les problèmes d'interaction qui peuvent surgir entre des règles de DIPr de source

¹³⁷Dans ce domaine en particulier et en fonction de l'importance de nombreux pays latino-américains en tant qu'« État d'origine » de mineurs susceptibles d'être adoptés, la Conférence de La Haye de DIPr a été exceptionnellement ouverte à des États non membres.

¹³⁸De manière générale Cf. J.H.A. van Loon, "The Increasing Significance of International Cooperation for the Unification of Private International Law", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law*, Deventer, 1990, p. 102.

nationale et leur application inappropriée par les juridictions. Cette situation peut empêcher un État lié par une Convention *erga omnes* d'adhérer à une autre Convention de ce type portant sur la même matière¹³⁹ ou de définir ses propres stratégies de DIPr national.

Il existe, au contraire, d'importants facteurs de rapprochement. L'un d'eux, comme l'on peut s'en douter, consisterait à adopter l'espagnol comme langue de travail. Au départ, la seule langue officielle était le français, puis avec l'entrée des États-Unis d'abord comme observateur puis comme État membre, l'anglais a été ajouté, bien qu'au départ le texte français des conventions prévalait en cas de litige. Cette situation, qui va à l'encontre du caractère universel de cette organisation et qui peut être justifiée pour des raisons économiques évidentes, est loin d'être apaisée¹⁴⁰. Un autre facteur de rapprochement, même s'il peut paraître peu pertinent, est la traduction en espagnol des conventions à partir de la langue commune partagée par tous les pays hispano-américains. Bien entendu, les textes des conventions émanant de la conférence ne feraient foi qu'en français et en anglais. Cette question n'est pas nouvelle dans la conférence car l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse ont présenté un texte commun en ce sens et indubitablement traiter cette question éviterait que d'horribles traductions privées prolifèrent et favoriserait l'application des conventions par les États membres en évitant de voir circuler leur traduction dans diverses versions linguistiques¹⁴¹. Après une série d'initiatives informelles, deux réunions des délégués de la langue espagnole se sont tenues à La Haye en 1989 pour débiter les travaux préparatoires de révision des textes dans cette langue. L'année suivante et sous les auspices du Ministre des affaires étrangères espagnol, une nouvelle réunion s'est tenue à Madrid afin d'asseoir les bases définitives d'une future traduction unifiée des Conventions de La Haye en espagnol¹⁴².

¹³⁹Concernant le jeu de ces clauses universelles dans le processus codificateur *vid.* G.A.L. Droz, "Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)", *Recueil des Cours*, t. 229 (1991-IV), p. 391 et J.D. González Campos et A. Borrás, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr (1951-1993). Traducción al castellano*, Madrid, M. Pons, 1996, pp. 21-24.

¹⁴⁰*Vid.* G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya...", *loc cit.*, p. 216.

¹⁴¹*Ibid.*, pp. 218-220.

¹⁴²*Cf.* A. Borrás, "Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 703-705. Il convient de rappeler que lors de son VII^{ème} Congrès, l'IHLADI avait préconisé l'élaboration d'un vocabulaire juridique international de la Communauté hispano-luso-américano-philippine (*Anuario IHLADI*, vol. 4, 1973, p. 692-693).

F) Répercussion de l'œuvre de la CIDIP

48. Le processus de codification du DIPr dans le contexte interaméricain a été l'une des activités juridiques permanentes des États de la région depuis les dernières décennies du XIX^e siècle. Ce travail a été assuré par diverses institutions et depuis quelques années ce sont les Conférences interaméricaines spécialisées sur le DIPr (CIDIP) qui s'en sont chargées. Une fois cette nouvelle étape de codification en Amérique entamée, les efforts se sont concentrés, d'une part, sur la coordination pour ne pas adopter d'instruments contradictoires, et d'autre part, sur le compromis à faire entre l'influence mutuelle exercée par les divers processus en présence et tout particulièrement par celui né de la conférence de DIPr de La Haye.

Les débuts de cette Conférence ont été marqués par la Charte de Bogota approuvée en 1948 et à laquelle il faut impérativement se référer. Cette conférence a créé un Conseil interaméricain de juristes dont la mission consistait notamment, dans la mesure du possible, à encourager l'uniformisation des législations américaines. La troisième Conférence interaméricaine qui s'est tenue à Buenos Aires en 1967, a décidé de transférer les compétences du Conseil à un autre organisme, le Comité juridique interaméricain (CJI)¹⁴³, qui a pour mission de « promouvoir le développement progressif et la codification [...] du droit international [...] et d'étudier les problèmes juridiques relatifs aux pays du continent qui sont en développement ainsi que la possibilité d'uniformiser leurs législations quand cela s'avèrera opportun » (article 105 de la Charte OEA). Dans les années cinquante, les organismes techniques de l'OEA ont déployé des efforts pour harmoniser les critères de choix du droit applicable prévus par le code Bustamante avec ceux contenus dans les Traités sud-américain de DIPr et le *Restatement of the Law of Conflicts of Laws* élaboré par le *American Law Institute*. Toutefois, ces efforts n'ont pas connu le succès escompté. Même un projet de code élaboré par le CJI n'a pas reçu le soutien des États membres de l'organisation. Cela a conduit le CJI à abandonner l'objectif de codification globale de cette discipline juridique et à entamer une deuxième étape, marquée par la codification sectorielle du DIPr. Pour ce faire, il fallait explorer d'autres possibilités qui consistaient concrètement à élaborer une série d'instruments sur les relations de droit international privé et portant sur les aspects les plus importants d'ordre tant matériel que procédural. En 1971, l'assemblée générale de l'OEA a décidé de convoquer la première Conférence interaméricaine spécialisée de DIPr (CIDIP-D)¹⁴⁴, qui s'est tenue dans la ville de Panama du 14 au 30 janvier 1975, et a ouvert un important travail de codification du DIPr sur le continent américain.

¹⁴³Vid. J. R. Vanossi, "El Comité Jurídico InterAmericano (reseña de su historia y de su obra)", *Revista El Derecho* (Buenos Aires), vol. 118, pp. 771-783.

¹⁴⁴Il convient de garder à l'esprit que le chapitre XVIII de la Charte OEA a permis de mettre en place des conférences de ce type. Il s'agit de réunions intergouvernementales ayant pour objectif de traiter de questions techniques et spéciales ou de développer certains aspects de la coopération interaméricaine. Ces réunions ont lieu lorsque l'assemblée générale ou la réunion de consultation des

Les CIDIP ont constitué, au cours des dernières années, le moyen le plus employé pour traiter des questions de DIPr et ont emporté un certain succès. L'une des caractéristiques principales des CIDIP est que les thèmes qu'elles proposent sont définis par la CIDIP précédente au titre des recommandations. Ces thèmes sont alors étudiés en réunions d'experts qui analysent les aspects du DIPr les plus pointus.

49. La présentation incontournable du panorama de l'œuvre de la conférence démontre ce qui suit. La CIDIP-I, qui s'est tenue dans la ville de Panama en 1975, a adopté six conventions sur le commerce international et le droit de la procédure, à savoir : la Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière de lettres de change, billets à ordre et factures, la Convention interaméricaine en matière de chèques, la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, la Convention interaméricaine sur les commissions rogatoires, la Convention interaméricaine sur les conflits de lois sur l'obtention des preuves à l'étranger, la Convention interaméricaine sur le régime juridique des procurations à employer à l'étranger¹⁴⁵. La IIème Conférence s'est tenue à Montevideo en 1979, et elle a également enregistré d'importants résultats. En effet, elle a donné lieu à huit convention de codification à savoir : la Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière de chèques, la Convention interaméricaine en matière de sociétés commerciales, la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères, la Convention interaméricaine sur l'exécution des mesures de protection, la Convention interaméricaine sur la preuve et l'information relative au droit étranger, la Convention interaméricaine sur le domicile des personnes physiques en DIPr, la Convention interaméricaine sur les normes générales de DIPr, et le Protocole additionnel à la Convention interaméricaine sur les commissions rogatoires. La IIIème Conférence a été convoquée à La Paz en 1984, et a présenté des résultats plus que modestes : la Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoptions des enfants mineurs, la Convention interaméricaine sur la personnalité et la capacité des personnes morales en DIPr, la Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères, et le Protocole additionnel à la Convention interaméricaine sur l'obtention des preuves à l'étranger. Montevideo a été le siège de la IVème Conférence, qui s'est tenue en 1989 et qui a adopté la Convention interaméricaine sur la restitution internationale des enfants mineurs, la Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires, et la Convention interaméricaine sur les contrats de transport international de marchandises par route. La CIDIP-V s'est tenue dans la ville de Mexico en 1994 et a adopté la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats

ministres des Affaires étrangères en décide, de leur propre initiative ou de celle de l'un des conseils ou organismes spécialisés.

¹⁴⁵Vid. R. Abarca Landero, "Convenciones interamericanas en materia procesal. Panamá, 1975", *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, Mexico, U.N.A.M., 1982, pp. 613-678 ; T. B. de Maekelt, *Conferencia especializada de Derecho internacional privado (CIDIP I)*, análisis y significado de las convenciones aprobadas en Panamá, 1975, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979 ; G. Parra Aranguren, "La Primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (Panama, 1975)", *Libro-homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ed. Sucre, 1975, pp. 253-277.

internationaux et la Convention interaméricaine sur le trafic international d'enfants mineurs. Une crise institutionnelle s'est produite et la CIDIP-VI, tenue au siège de l'OEA à Washington DC en 2002, a adopté la loi type interaméricaine sur les garanties mobilières, la lettre de transport directe uniforme négociable interaméricaine pour le transport de marchandises par la route, et la lettre de transport directe uniforme non négociable interaméricaine pour le transport de marchandises par la route. Enfin, la septième Conférence de DIPr (CIDIP-VII) a été convoquée en juin 2003 et a donné lieu à l'approbation des questions sur la protection du consommateur et les registres électroniques.

La CIDIP a fait montre d'un extraordinaire réalisme du fait qu'elle a eu une vision juste et ce malgré la tradition commune américaine et la préexistence d'un travail de codification important. Elle a opté pour le rejet clair d'une codification commune du DIPr pour se pencher sur des aspects concrets d'intérêt pour les relations de droit international privé des États parties. Nous sommes face à ce que l'on pourrait appeler une « décodification » du DIPr conventionnel¹⁴⁶. D'autre part, et inévitablement, un certain mimétisme de la Conférence de La Haye de DIPr a été opéré dans les techniques de codification et dans la manière de traiter les problèmes concrets¹⁴⁷. Il est probable que l'appartenance de plusieurs pays américains à la Conférence de La Haye, qui a une vocation universelle, explique l'influence qu'elle a eue sur cette œuvre de codification parallèle. Toutefois, une telle similitude n'existe pas quant à l'agenda de travail et à la matière codifiée. Alors que la Conférence de La Haye porte sur le « contenu » *stricto sensu* du DIPr, dans la CIDIP ce contenu est bien plus important, car il intègre des questions propres au droit du commerce international (lettres de change, billets à ordre, factures, chèques, arbitrage, sociétés commerciales et transport international et marchandises par la route)¹⁴⁸ et montre une tendance expansive dans le ressenti de certaines délégations. Dans tous les cas et tout comme pour la Conférence de La Haye¹⁴⁹, les plus grands succès du point de vue de l'adhésion des États aux Conventions ont été enregistrés dans le domaine du droit de la procédure civile internationale et, en particulier dans le champ de l'assistance judiciaire internationale.

Il convient de souligner que les travaux de la CIDIP mettent au jour le rôle très marqué de trois pays (le Mexique, le Venezuela et l'Uruguay), le reste étant limité à une action relativement passive qui se traduit par une distorsion entre l'effort codificateur réalisé et le nombre d'États ayant adhéré aux conventions qui ont émané de la Conférence.

¹⁴⁶Vid. D. Operti Badán, "L'œuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, Nijhoff, 1996, pp. 269-286.

¹⁴⁷Vid. D. Operti Badán, "Unification of Laws in the Western Hemisphere: The Contribution of the Organization of the Organisation of American States", *Rev. dr. unif.*, 1981, pp. 60-67.

¹⁴⁸Vid. R. Eyzaguirre Echeverría, "Los problemas del Derecho comercial en el DIPr interamericano", *XII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, 1990, pp. 241-259.

¹⁴⁹Cf. J.C. Fernández Rozas, "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 83-84.

G) Inadéquation et insuffisance du code Bustamante

50. Le code a été adopté par la sixième Conférence panaméricaine et conçu à un moment historique qui était encore dominé par une certaine euphorie internationaliste à laquelle la crise économique de 1929 a coupé court. Il vise à réunir en un seul texte toutes les matières qui à cette époque étaient considérées comme appartenant au DIPr. Pour cette raison, il se divise en quatre livres précédés d'un titre préliminaire qui respectivement portent sur la matière civile, la plus longue sans doute, sur les domaines commercial, pénal et procédural. Cela a donné lieu à un texte d'une extraordinaire hétérogénéité matérielle et d'une longueur démesurée (437 articles) qui, dans de nombreux cas, a dépassé la simple tâche d'unification de la pratique existante jusqu'à ce jour, intégrant l'ordre de nombre matières sur lesquelles il n'existait aucune pratique dans la jurisprudence des États parties. Cette dernière facette a conféré au code un caractère qu'il a développé progressivement du droit à fort contenu académique et une propension à régir des questions qui correspondent totalement au droit international public (*v.gr.*, extradition) pour entrer de plein champ dans des domaines qui relèvent de la souveraineté nationale.

L'adhésion des États latino-américains dans cet instrument est limitée : acceptation totale (Cuba, Guatemala¹⁵⁰, Honduras, Brésil, Haïti, République Dominicaine et Venezuela¹⁵¹), ratification sous réserves indéterminées et subordonnée à la législation interne (Bolivie, Costa Rica¹⁵², Chili¹⁵³, Équateur et El Salvador) et désengagement total (Argentine, Colombie, Mexique¹⁵⁴, Paraguay et Uruguay). Cela donne lieu, sans aucun doute, à des divergences notoires liées à la propre dimension du droit international public dans ses rapports avec les constitutions nationales qui, malheureusement, est peu développée du point de vue comparatiste. Comme l'on peut l'observer, dans la zone OHADAC l'acceptation

¹⁵⁰Ce code de droit international privé a été adopté par le décret 1575 de l'Assemblée Législative et publié le 31 août 1929. Au moment de signer la Convention, la délégation de Guatemala a annoncé « sa pleine acceptation et sans réserve d'aucune sorte » du code Bustamante.

¹⁵¹Les problèmes généraux d'application du code Bustamante au Venezuela et, plus particulièrement, sa primauté sur le droit interne et les réserves émises par ce pays sont détaillés dans l'ouvrage de J. Samtleben, «La aplicación del Código Bustamante en Venezuela», *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 329-333.

¹⁵²Le code a été ratifié par le Costa Rica par le décret N° 50 du 13 décembre 1928 du « Congrès constitutionnel » et avalisé par le pouvoir exécutif le 4 février 1930.

¹⁵³La Convention a été signée par le Congrès national sous la réserve suivante : « Veuillez approuver le code de droit international privé, signé le 20 février 1928 lors de la VIème Conférence internationale américaine de La Havane, sous réserve que face au droit chilien et concernant les conflits entre la loi chilienne et une loi étrangère, les dispositions de la législation actuelle et future du Chili prévalent sur le droit dudit code en cas de divergence entre les unes et les autres ». Elle est entrée dans l'ordonnement juridique en tant que loi de la République le 10 avril 1934.

¹⁵⁴La position du Mexique face à cet instrument est particulière du fait que le code a été voté et signé mais jamais ratifié. *Vid.* une comparaison du système mexicain et du code Bustamante afin d'observer son éventuelle compatibilité avec un éventuel processus d'harmonisation du DIPr latino-américain réalisée par E. Helguera, «El DIPr mexicano y el Código Bustamante», *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Hamburgo, 1962), Mexico, UNAM, 1962, pp. 29-47.

totale du code est effective uniquement à Cuba, au Guatemala, au Honduras, au Nicaragua, au Panamá. Il a été ratifié sous réserve de quelques articles par Haïti, la République Dominicaine et le Venezuela. Il a été ratifié avec des réserves indéterminées et subordonnée à la législation interne par le Costa Rica. La répercussion considérable que le code Bustamante a eue dans la région de la Caraïbe et sa large diffusion impose une série de remarques.

51. Il va sans dire qu'il est totalement justifié de souligner l'importante valeur de ce code, qui est parvenu à s'ériger comme un authentique monument juridique. Plus encore, il a été l'un des instruments juridiques les plus importants du XXème siècle et il a supposé, à son époque, l'aboutissement d'un travail considérable qui doit être reconnu et valorisé. Il a également été l'un des instruments le plus accepté dans les pays centraméricains, de la Caraïbe latine ainsi que du nord et du centre de l'Amérique du sud. L'on peut dire qu'il a institué un développement conventionnel sous-régional de grande ampleur. Pour l'époque, il a constitué un grand accord pour les États qui l'ont signé pour la résolution des conflits de lois dans leur système juridique respectif. Il s'agit d'un instrument de codification générale de DIPr, dont l'autorité scientifique se base sur le grand intérêt que les œuvres de DIPr écrites en Amérique suscitent et qui constitue un document essentiel pour comprendre l'application pratique du DIPr¹⁵⁵. Les États, au sein desquels il est entré en vigueur, sont devenus des États pionniers car ils ont utilisé la législation appropriée dans les affaires présentant un élément d'extranéité et aussi dans le développement et l'essor du DIPr¹⁵⁶.

Le code a été le point de référence obligé pour toutes les constructions de DIPr élaborées en Amérique latine durant presque un siècle. Il en a été de même dans d'autres cercles juridiques¹⁵⁷, avec des répercussions essentielles dans certaines institutions fondamentales comme celle portant sur l'application judiciaire du droit étranger. De cette manière, il a d'un côté apporté aux juridictions des pays non signataires de ce grand code, et à certaines occasions, une source de résolution des problèmes dans les relations de droit international privé alors que d'un autre côté, il

¹⁵⁵J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, vol. I, *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 178-189.

¹⁵⁶T. de Maekelt, "El futuro del nuevo Derecho Internacional Privado venezolano en el próximo Siglo", *Revista Mexicana de DIPr*, n° spécial, 2000, p. 65.

¹⁵⁷L'Espagne était sur le point d'intégrer l'un d'entre eux sous la Deuxième République. *Vid.* I. Beato Sala: "Sobre la accesion o adhesión de España al Código americano de DIPr, denominado 'Código Bustamante'", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 167, 1935, pp. 603-616 ; F. de Castro, "¿Debe adherirse España al Código Bustamante?", *Revista de Derecho Privado*, vol. XXII, 1935, pp. 1-6 ; *id.*, "De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XII, 1935, pp. 306-307 ; M. de Lasala Llanas, "Posibilidad de la accesion de España al Código americano de DIPr ('Código Bustamante')", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XXI, 1934, pp. 221-228 ; *id.*, "¿Puede adherirse España al Código Bustamante?", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XXII, 1935, pp. 217-221. G. Parra Aranguren: "El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España", *Libro homenaje al Doctor L. Loreto*, Caracas, 1975, pp. 201-282 ; J. Quero Molares, "La adhesión de España al Código americano de DIPr", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 165, 1934, pp. 695-721.)

a conduit les juridictions nationales à l'interpréter et à l'appliquer de façon très disparate ce qui appelait à élaborer une œuvre unificatrice.

Comme toute œuvre humaine ne dure qu'un temps, le code n'a pas résisté aux poids des années. Il s'est inscrit dans une époque dominée par la conception publiciste du DIPr, qui considérait le DIPr comme branche du droit international public. Il a donné des réponses au problème de conflit de souveraineté des États, il était imprégné d'une forte conception « euro-centrique » pour laquelle le principe de nationalité était un postulat essentiel face à d'autres conceptions contraires profondément ancrées en Amérique latine. Enfin, il correspondait à des circonstances spéciales en matière de transactions économiques internationales dans la période postérieure à la Société des Nations, et loin des réalités d'aujourd'hui. Des considérations similaires se trouvent dans l'Exposé des Motifs de la Loi DIPr vénézuélienne, en ces termes : l' « expérience nous montre, en effet, que les règles contenues dans une série de dispositions législatives isolées mais cohérentes et même dans un texte organique aussi dense et intelligent que le code Bustamante, ont eu une vie latente et ont manqué de signification réelle. »

52. Du point de vue de la technique utilisée pour le code, il ne faut pas omettre qu'il s'agit d'une convention internationale, avec tous les inconvénients que présentent ce type d'instruments pour régir des situations de droit privé international qui requièrent une sécurité juridique. Comme toute convention, le code Bustamante est soumis à des règles générales qui régissent les traités internationaux, et de ce fait, avant de procéder à l'application de ses articles il faut répondre à quatre interrogations préliminaires.

En premier lieu, la question se pose de savoir si la matière objet du litige entre dans le cadre de son champ d'application matérielle, ou si, au contraire, en présence de *vide juridique*, les règles de droit interne doivent être appliquées. En second lieu, les modalités d'application dans le temps du code amènent à se demander si ses dispositions peuvent s'appliquer rétroactivement à des situations juridiques intervenues antérieurement à l'entrée en vigueur du code. En troisième lieu, si l'État est impliqué dans la relation juridique litigieuse, le code Bustamante ne contient pas, contrairement aux instruments internationaux de DIPr actuels de règles *erga omnes*, et ne s'applique qu'aux relations entre les États parties. Autrement dit, et il est important d'insister sur ce point, il ne s'agit pas d'un instrument international d'unification. En quatrième lieu, il convient de se demander si comme toute norme conventionnelle, le code est susceptible d'entrer en conflit avec des traités signés postérieurement par les États parties et portant sur la même matière, et dans ce cas, le conflit doit être tranché dans la majorité des cas par les juridictions. Si au début du XX^{ème} siècle, la convention internationale constituait la seule source de DIPr possible, aujourd'hui cette technique a été largement dépassée. Nombre de ces questions ont reçu une réponse adaptée par la jurisprudence qui a souligné de façon réitérée le caractère inapproprié du code comme instrument normatif du système de DIPr.

À cela il convient d'ajouter le caractère archaïque de nombre de solutions contenues dans le paragraphe relatif au droit des affaires internationales. Le traitement de l'autonomie de la volonté du régime des contrats internationaux a été

totalemment dépassé par les évènements, ce qui fait que le code est devenu totalement obsolète dans le champ important des transactions commerciales internationales. Et il en va de même des dispositions sur l'arbitrage qui, à partir de l'adoption de l'œuvre de la CNUDCI, a emprunté des voies différentes. Si, à son époque, le code a constitué une avancée en matière de problème de droit international privé, presque un siècle plus tard dans un contexte où l'économie mondiale a substantiellement changé, pour intégrer presque totalement un marché globalisé, la grande partie de ses réponses ne peuvent plus répondre à la réalité.

53. La diffusion du code dans un but d'unification dans toute l'Amérique latine n'a pas pu tenir les promesses qui avaient été faites. De même des juristes latino-américains de renom ont considéré que le code n'a pas été plus qu'une simple déclaration de bonnes intentions et que son aspect pratique ainsi que ses résultats ont été peu significatifs. En outre, comme cela sera indiqué ci-après, le code a connu une application très limitée et assez singulière dans les États qui avaient émis des réserves générales.

En effet, il est très important de tenir compte du fait que certains États signataires, comme l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay, la Colombie et le Mexique, ne sont pas parvenus à adhérer à cette convention internationale, et ce chacun pour des raisons très différentes. Mais en tout cas, la Colombie a déclaré s'aligner sur la doctrine « véritablement américaine » qui écarte la loi personnelle si elle est différente de la loi du domicile. D'autres États comme le Brésil, Haïti, le Venezuela, la Bolivie, le Costa Rica, le Chili, l'Équateur et El Salvador ont émis des réserves plus ou moins importantes (la réserve vénézuélienne ayant porté sur pas moins de 44 articles). En conséquence, l'adhésion généralisée du code a concerné un petit nombre de pays : Cuba, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama et le Pérou. Cet instrument, d'un point de vue général, régit les relations d'un nombre limité d'États d'Amérique latine et sa mise en œuvre est très souvent conditionnée par le jeu des réserves émises quant à son champ d'application.

Au regard de la jurisprudence issues des juridictions caribéennes, le code Bustamante n'a pas été appliqué de façon significative et s'est limité à être une référence utilisée à certaines occasions par les parties pour justifier en droit une demande spécifique (contrariété à l'ordre public, maintien de la possession au possesseur troublé, domicile des diplomates à l'étranger, droits successoraux, etc.) ainsi que des dispositions constitutionnelles ou de droit international en matière des droits humains.

III. Conception d'une loi type OHADAC de droit international privé

1. Questions de technique législative

54. Tout système juridique national, en matière de droit international privé, ne peut pas se limiter à des solutions juridiques produites exclusivement par le législateur interne car elles sont souvent inappropriées et en décalage avec la réalité juridique contemporaine. Il convient, au contraire, de s'ajuster aux réalisations concrètes qui se produisent au sein de la communauté internationale et plus concrètement dans les pays faisant partie de son environnement le plus proche. D'un autre côté, la globalisation requiert que des nouveaux blocs normatifs permettent de dépasser les problèmes traditionnels des sources du DIPr par des solutions matérielles uniformes. Le besoin d'harmoniser le DIPr repose sur le constat que les lois nationales souffrent généralement d'une inadéquation aux affaires internationales et qu'il existe une disparité entre elles, y compris dans un cadre géographique comme celui de l'OHADAC.

Unification et harmonisation sont des termes de portée différente. L'harmonisation étant plus flexible, elle n'implique pas nécessairement l'adoption d'un texte concret, mais induit plutôt un rapprochement des concepts juridiques. Ce rapprochement peut s'opérer à travers divers instruments comme la mise en œuvre d'une « loi type ». Cette flexibilité constitue une étape intermédiaire entre les résultats de la comparaison des ordonnancements et l'unification proprement dite¹⁵⁸. Nous nous trouvons face à un processus qui tend à faciliter la modification de certains systèmes de droit interne des États, afin de conférer une prévisibilité aux relations de droit international privé. Au contraire, l'unification requiert l'existence d'un texte commun, soit une « convention », soit une « loi uniforme » et d'application directe pour l'opérateur juridique. Durant ce processus, les États approuvent des règles ou des systèmes juridiques communs afin de régir des aspects spécifiques des relations de droit international privé.

Ce contexte se caractérise par une interdépendance économique issue de ce que l'on dénomme le dialogue « Nord-Sud » et, d'un point de vue juridique, par une dialectique entre pays de *common law* et de droit romano-germanique. C'est dans cette dimension universelle que la solidarité régionale est dépassée par les courants d'unification universelle¹⁵⁹. Il s'agit d'un terrain fertile pour insister, avec toutes les réserves que cela entraîne, sur l'idée de « famille de droit » qui est reflétée d'une certaine manière devant les instances internationales de codification du DIPr. Et le résultat n'est autre que la forte tendance vers l'harmonisation internationale de cet ordonnancement juridique. À partir de cette perspective, l'harmonisation se présente comme une nouvelle réalité de la coopération en matière de droit privé qui tente de

¹⁵⁸M. Mateucci, «Les méthodes de l'unification du droit», *Annuaire de l'Unidroit*, 1956-II, pp. 40 et seq. ; M. Ancel, «Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits», *Rev. int. dr. comp.*, vol. 23, n°4, pp. 933-935.

¹⁵⁹Cf. A.M. Garro, «Armonización y unificación del Derecho internacional privado en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades», *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 347-350.

dépasser l'insuffisance des solutions juridiques traditionnelles à travers des normes de conflit de lois et de juridictions harmonisées, comme moyen de connexion entre les divers ordonnancements nationaux. Les processus de décodification, la création croissante de lois spéciales par les pays et l'augmentation du particularisme a généré un ensemble de règles de diverses natures, origine et formulation, ayant pour but de lisser les aspects de droit privé présents dans les relations de commerce international.

55. L'harmonisation internationale du DIPr pose des questions particulières sur lesquelles il convient de s'arrêter, même brièvement. En premier lieu, la codification nécessite un contexte favorable pour pouvoir être mise en place¹⁶⁰. Si la codification effectuée au sein de la Société des Nations a été limitée et s'est caractérisée par une faible participation des États à l'élaboration des conventions de DIPr, il ne faut pas oublier les séquelles de la crise boursière newyorkaise et son incidence décisive dans ce fait. Pour citer un seul exemple, si la codification du droit du commerce international a manifesté un sérieux retard, celui-ci est lié à la crise pétrolière des années 1973 et 1978 et sa répercussion dans le contexte de ce qui est dénommé le « Nouvel ordre économique international ». En second lieu, il convient d'ajouter à ces motifs de nature économique d'autres de type institutionnel et qui ne sont pas moins négligeables. Il s'agit de l'absence d'un Parlement international qui impose de rattacher la codification internationale aux organisations internationales et plus concrètement, aux organisations régionales où les particularismes sont moins forts et constituent une chance supplémentaire de succès.

La codification internationale de DIPr requiert, en plus, une technique adéquate qui en complément de l'utilisation traditionnelle de la convention internationale permet d'adopter divers textes comme des lois uniformes, des lois-modèles, etc.¹⁶¹, et auxquelles nous nous sommes déjà référés. Il faut également qu'elle remplisse une série de conditions dans ses diverses étapes d'élaboration et plus précisément, dans le choix des domaines à codifier, dans l'élaboration des textes préparatoires, dans le choix des « rapporteurs spéciaux » dans les débats en réunion plénière, dans l'adoption du texte définitif et, enfin, dans le moment décisif de l'adoption totale ou partielle du texte final par les États. Le choix d'une voie normative idoine s'avère crucial du point de vue de la technique juridique : un mode spécifique dans le cas des systèmes d'intégrations avancés (comme au sein de l'UE qu'il s'agisse de la directive ou, plus particulièrement, du règlement), une convention internationale ou un instrument dit de *soft law*, comme c'est le cas d'une loi-cadre ou d'une « loi type ». Sans un mode normatif propre, la loi type paraît préférable à la convention afin de garantir un résultat codificateur passant par l'adhésion des États plutôt que par la contrainte comme c'est le cas de la convention. Sans oublier que si la matière à traiter est fortement empreinte des spécificités conceptuelles d'un petit groupe d'État, le texte final a toute chance de ne pas obtenir le nombre suffisant de ratification, d'adhésions, etc., nécessaires pour entrer en vigueur.

¹⁶⁰R. de Nova, "Current Developments of Private International Law", *Am. J. Int'l.L.*, vol. 13, 1964, pp. 542 *et seq.*

¹⁶¹G.A.L. Droz, "La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit: Traités internationales ou lois modèles?", *Rev. int. dr. comp.*, 1961, pp. 507-521.

Il convient d'ajouter qu'à ces conditions mentionnées ci-dessus, la codification internationale est efficace si les autorités du pays ou des pays engagés apportent leur concours de deux façons différentes. En premier lieu, les institutions internes doivent s'ajuster aux obligations internationales adoptées par l'État. Il s'agit d'une étroite coordination entre ce qui est codifié et les moyens nationaux existant pour sa mise en pratique. En second lieu, et cela est commun à toute entreprise de codification, il faut une volonté politique réelle, de s'atteler à une codification, tout en tenant compte de son importance, tel que nous l'avons indiqué dans les pages précédentes. En troisième lieu, une harmonisation authentique peut uniquement être obtenue à partir d'un texte qui inclut un langage juridique familier, et généralement admis, qui facilite une application et une interprétation judiciaire uniforme. Il faut aussi qu'il vise à dépasser tout particularisme avec tout ce que cela comporte comme renoncement et, le cas échéant, de modération dans l'utilisation des ressources généralement admises comme l'ordre public national.

2. *Méthodologie codificatrice*

A) Problèmes d'uniformité et de diversité des techniques normatives

56. Le particularisme, la nécessité d'une méthodologie approfondie et les intérêts hégémoniques ne sont pas les seuls problèmes en présence. Comme nous l'avons déjà indiqué, il est d'importance majeure de trouver les bonnes techniques de codification. Outre les expériences qui sont uniquement possibles dans des cercles juridiques déterminés, qui en plus bénéficient de processus d'interprétation uniforme, les voies traditionnelles d'unification ont largement démontré leurs insuffisances. C'est plus précisément les instruments fondés sur les lois uniformes qui se sont avérées la plupart du temps puissantes face à la tendance irrésistible des États au particularisme. C'est la raison pour laquelle il ne faut pas sacrifier le processus d'unification internationale et encore moins le processus de production normative au niveau international. Il n'y a aucune raison de considérer que la solution de l'uniformisation est la meilleure et il faut considérer avec beaucoup de réserves que les productions fondées sur ses prétendus bienfaits reposent, purement et simplement, sur un texte international¹⁶². Le phénomène d'unification, hérité de l'harmonisation internationale des solutions, n'est pas une fin en soi mais une valeur abstraite. Il ne peut être considéré comme positif que s'il offre des solutions plus adéquates et bien plus adaptées que les normes de droit interne. Il sert rigoureusement à clarifier et rationaliser les solutions internes.

Tout effort unificateur de droit ne peut pas être conçu en termes approximatifs et idéalistes, sinon la tâche est vouée à l'échec et se réduit à une simple spéculation de caractère dogmatique. Si au contraire le phénomène répond à des intérêts concrets, ou mieux, à la conciliation des intérêts réciproques des États qui entrent dans ce processus, les résultats sont beaucoup plus efficaces et l'unification acquiert ses

¹⁶²Ce qui découle typiquement de cette idée est la vieille affirmation de M. Mateucci, selon laquelle l'unification juridique est la fin de toute source internationale. Cf. "Introduction à l'étude systématique du droit uniforme", *Recueil des Cours*, t. 91, 1957, pp. 388-389.

lettres de noblesse. C'est la raison pour laquelle il existe des domaines juridiques, comme le DIPr, pour lesquels l'unification est consubstantielle non seulement sur le plan normatif mais également sur le plan de son application judiciaire. Il s'agit d'une situation focalisée sur l'actualité du moment et l'on perçoit des réalisations concrètes dans des domaines juridiques qui jusqu'à ce jour étaient restés en marge du mouvement unificateur. Ces réalisations changeront probablement le panorama et, par la même, elles produiront une révolution copernicienne dans les techniques de codification et, par conséquent, dans l'unification qui en résultera.

57. Il est indéniable que le droit uniforme est une technique de réglementation valide pour l'unification du DIPr, dans la mesure où il garantit parfaitement la sécurité juridique et la prévisibilité des opérateurs économiques¹⁶³. Nonobstant, il est important d'avancer une série de considérations préliminaires afin d'en définir les contours. D'une part, il faut prendre en compte le volume de textes que l'on prétend coordonner et qui peut aller de la simple harmonisation normative, simplement régie par des principes tout en conservant la diversité normative des États, et l'unification à proprement parler¹⁶⁴. D'un autre côté, il faut distinguer l'unification intégrée du droit unifié. L'unification est caractérisée par un ensemble de règles adoptées par un groupe d'États manifestant une volonté commune de soumettre leurs relations juridiques à une même réglementation. Le droit unifié se réfère au résultat juridique qui découle de l'unification du droit et prend diverses formes : les lois types, les lois uniformes, les traités d'unification et, dans quelques cercles juridiques à fort degré d'intégration, certains instruments spécifiques peuvent être adoptés comme c'est le cas au sein de l'Union européenne avec les directives et plus particulièrement les règlements. À partir de là, le droit uniforme n'est rien d'autre qu'un droit unifié issu d'un seul et unique processus : la loi uniforme, instrumentalisée au moyen d'un traité international¹⁶⁵.

Les meilleurs résultats en matière d'unification du droit ont été obtenus pour régir la vie des personnes physiques. Cela a été le cas chaque fois qu'il est intervenu sur la réalité même du DIPr, et même avec des propositions différentes de celles classiquement formulées. Nous nous trouvons face à une vraie technique normative qui, même si elle naît en dehors du DIPr, constitue un instrument très important pour résoudre des situations de droit international privé¹⁶⁶. L'unification du droit matériel et encore plus lorsqu'elle porte sur du DIPr, même si elle comporte de nombreuses difficultés, implique de garantir au mieux les relations juridiques dans des espaces supranationaux. Pour ce faire, l'opérateur juridique doit être assuré de la meilleure sécurité juridique et de la prévisibilité du droit. Le droit uniforme constitue la

¹⁶³Vid. M.V. Cuartero Rubio, voz "Derecho uniforme", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2380-2381.

¹⁶⁴J.C. Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", *La unificación jurídica en Europa*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M. García Collantes, ed.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44.

¹⁶⁵P. Chaveau, "Des conventions portant Loi Uniforme", *Journ. dr. int.*, t. 83, 1956, pp. 570-594.

¹⁶⁶P. Lalive, "Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)", *Recueil des Cours*, t. 155, 1977-II, pp. 47-49.

solution matérielle, très spéciale mais fondée sur une large expérience juridique, aux problèmes de relations de droit international privé. Toutefois, il ne faut pas s'étonner que l'on en vienne à affirmer rigoureusement que le droit uniforme est théoriquement la technique la plus efficace de DIPr et particulièrement pour sa fonction préventive qui le rend pratiquement infaillible¹⁶⁷. Il s'agit de la quintessence de la notion de « DIPr préventif » ou *conflict avoidance*.

58. Aujourd'hui il apparaît évident que l'unification juridique du DIPr, au moins dans le domaine du droit applicable et indépendamment de la méthode employée, offre des avantages inéluctables¹⁶⁸. Néanmoins, il est indéniable que jusqu'à présent et dans ce champ spécifique, la convention internationale a été l'instrument le plus efficace. Jusqu'à récemment, le recours à l'unification conflictuelle a été défendu car il était moins controversé et parce qu'il offrait de plus grandes possibilités de négociation que l'exécution d'une convention. Toutefois, la question se pose de proposer des actions universelles ou régionales dans ce domaine¹⁶⁹. Guère nombreux sont les défenseurs de cette position pour invoquer que l'unification des normes matérielles d'application générale ignore les différences conceptuelles et méthodologiques entre les différentes législations. Cela n'est pas le cas si l'on a recours à des techniques conflictuelles¹⁷⁰. En outre, d'une façon générale, le choix entre l'une ou l'autre technique dépend si les États sont ou non disposés à modifier leurs ordonnancements juridiques. Il est évident qu'il existe de grandes réticences vis-à-vis de l'unification du droit matériel, qui est en soi plus agressive que l'unification d'une poignée de règles de DIPr. En tout cas, la tendance à la matérialisation des règles de DIPr sur le droit applicable ne s'accommode pas des techniques codificatrices traditionnelles basées sur les conventions internationales. Bien entendu, ce n'est pas le cas dans le domaine de la coopération judiciaire internationale, où la pièce maîtresse de la réglementation internationale relève bien de la technique de la convention internationale. Les résultats de la codification internationale de DIPr mettent en évidence que c'est dans ce domaine particulier où les meilleurs résultats ont été obtenus, tant pour l'adhésion massive des États que pour son application usuelle par les juridictions nationales¹⁷¹.

D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que les traités internationaux qui unifient les règles pour déterminer la loi applicable sont des sources obligatoires et rigoureuses. Elles laissent peu de marge de manœuvre aux États parties. Lorsque les règles sur la loi applicable comportent un degré élevé de droit matériel, ce qui est de

¹⁶⁷C.M. Schmitthoff, "International Law and Private International Law", *Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, 1988, pp. 533 *et seq.*

¹⁶⁸H.U. Jessurun d'Oliveira, "Codification et unification...", *loc. cit.*, pp. 117-130.

¹⁶⁹K.H. Nadelmann, "Conflicts between Regional and International Work on Unification of Rules of Choice of Law", *Harvard Int'l L.J.*, vol. 15, 1974, 213-217.

¹⁷⁰H. Bauer, "Les traités et les règles de droit international privé matériel", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 570.

¹⁷¹*Vid.* J.C. Fernández Rozas, "La cooperación judicial en los Convenciones de La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 81-100 ; *id.*, "La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano-filipino", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, vol. 15, 2001, pp. 13-73.

plus en plus fréquent, il faut que les États trouvent un consensus. Toutefois, plus la matérialisation devient incontournable, plus ce consensus s'avère difficile à trouver¹⁷². Les États qui n'optent pas pour une orientation matérielle afin de trancher sur la loi applicable ne pourront pas l'assumer en tant que telle. Mais d'un autre côté de la balance, il faut reconnaître également que le caractère présumé « neutre » des règles de conflit émanant des conventions peut décourager les États à les ratifier s'ils n'y voient pas leur intérêt. La neutralité issue du consensus obligatoire tend à accentuer le caractère conservateur des règles de conflit incluses dans les traités internationaux. Cela explique pourquoi les relations commerciales internationales tendent à fuir cette méthodologie codificatrice. En effet, chaque fois cette méthodologie tend davantage à se focaliser sur des questions non patrimoniales qui s'accommodent mieux de l'unification matérielle.

B) Inconvénients des traités internationaux comme méthode d'unification

59. À proprement parler, le droit uniforme préfère le traité international multilatéral comme mode de création du droit, ce qui présente des avantages et des inconvénients. Il a pour avantage d'apporter une certitude quant à la matière unifiée. Il a pour inconvénients d'être rigide comme toute codification et de présenter des difficultés d'adaptation dans le système juridique national comme tout texte de ce genre. Pour s'en rendre compte, il suffit d'observer le nombre peu important d'États parties ayant adhéré aux conventions de droit uniforme. Par exemple, le petit nombre d'États ayant opté pour le droit cambiaire de Genève et, surtout, l'absence de pays anglo-saxons s'avère, en ce sens, significatif. Une fois ces remarques peu positives avancées, il convient de remarquer que l'uniformité souffre de problèmes généraux et typiques à cette technique de codification et ce, indépendamment de son contenu¹⁷³.

En premier lieu, il existe un éventuel « déficit démocratique », qui est dû au fait que les rédacteurs des projets (qui dans la plupart des cas agissent à titre individuel) et les négociateurs à la Conférence internationale sont souvent éloignés du réseau juridique qu'ils sont supposés représenter. À cela s'ajoute l'absence de coordination entre les processus de codification interne et international¹⁷⁴. En second lieu, il constitue une unification conventionnelle qui exprime un positivisme un peu démodé dans le sens où il permet aux États de préserver leur capacité de contrôle sur la création du droit. De cette manière, nous assistons à un phénomène parallèle à celui qui se produit pour la législation interne, à savoir trop de quantité et peu de qualité¹⁷⁵.

¹⁷²J.D. González Campos, "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", *E pluribus unum. Liber amicorum G.A. Droz*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 109-110.

¹⁷³Cf. J.C. Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado...", *loc. cit.*, pp. 43-44.

¹⁷⁴*Vid.*, concernant le système australien, P. Brazil, "Reception of Uniform Law into National Law: an Exercise in Good Faith and Progressive Development of the Law", *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 318-318.

¹⁷⁵Cf. B. Oppetit, "Le droit international privé, droit savant", *Recueil des Cours*, t. 234, 1992-III, vol. 234, pp., p. 422.

En troisième lieu, le résultat est très souvent antagonique. Il se traduit par des compromis qui pour satisfaire la nécessaire simplicité des normes unifiées donnent lieu finalement à des textes ambigus. Ces textes présentent de grosses difficultés d'interprétation quand ils ne sont pas tout simplement contradictoires voire incohérents les rendant difficilement conciliables avec la pratique¹⁷⁶. En quatrième lieu, nombre de conventions qui ne prévoient pas de mécanisme flexibilité dans leurs dispositions présentent une rigidité qui les rend, à la moindre évolution du commerce international, totalement obsolètes à court terme. Cette rigidité est, la plupart du temps, due à l'inexistence d'un pouvoir politique autre que celui des États et qui soit susceptible d'encourager l'élaboration et l'exécution de conventions en adéquation avec la réalité sociale¹⁷⁷. De même, il faudrait assouplir la traditionnelle rigidité des mécanismes habituels contenus dans le droit des traités afin de pouvoir modifier, amender ou tout simplement actualiser les conventions passées et ce, avec l'accord de tous les États signataires. En cinquième lieu, l'intégration des traités unificateurs dans l'ordre juridique interne des États pose problèmes. Cela peut générer l'apparition de divers sous-systèmes selon les effets de la norme conventionnelle. Ces sous-systèmes sont généralement issus de deux sources, l'une interne, l'autre conventionnelle¹⁷⁸. À cette question, il convient d'ajouter le problème de l'application de la convention dans les différentes unités territoriales dans le cas d'États pluri-législatifs¹⁷⁹. En sixième lieu, l'intégration au droit interne d'une convention de droit uniforme dépend de la réception et de l'acceptation des traités par les juges nationaux dans le cadre de l'application du droit. L'interprétation judiciaire à travers des catégories juridiques du droit du for ou l'éventuelle action de l'ordre public sont des éléments qui rendent difficile la mise en pratique d'une assimilation saine du droit unifié par les instances nationales. Finalement, l'existence d'un large éventail de traités dans ce champ, souvent de caractère successif, pose la question de leurs relations entre eux¹⁸⁰ et, par conséquent, du jeu des clauses de compatibilité, de subordination ou de complémentarité de l'instrument international. Quant aux champs d'application matérielle de la convention, dans le temps et dans l'espace, il donne de plus en plus lieu à des « conflits de conventions » qui parfois sont difficilement résolus du fait du fonctionnement des clauses de ces conventions¹⁸¹ ou parce qu'elles ne traitent pas de cette question. Et cela en marge

¹⁷⁶Cela est notamment vrai lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application des dispositions de la convention. B. Knapp, "Unification internationale des règles et désignation du droit applicable", *Internationalisation du droit. Mélanges et l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 219-232.

¹⁷⁷A.L. Diamond, "Conventions and their Revision", *Unification. Liber amicorum Juan Georges Sauveplanne*, op. cit., 1984, pp. 45-60.

¹⁷⁸S. Bariatti, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padoue, Cedam, 1986, pp. 44 et seq.

¹⁷⁹S. Sánchez Lorenzo, "La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131 et seq.

¹⁸⁰F. Ferrari, "The Relationship between International Uniform Contract Law Conventions", *Rev. dr. unif.*, vol. V, 2000, pp. 69-84.

¹⁸¹S. Álvarez González, "Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 41 et seq.

du jeu des réserves, particulièrement important, dans les conventions qui régissent le commerce international.

60. En outre, les conventions de droit uniforme ont pour avantage de limiter leur application aux relations de droit international privé c'est-à-dire qui mettent en lien plus d'un ordre juridique, tout en cohabitant avec les règles de droit interne. Cela pose tout simplement un problème de délimitation entre les deux ordres juridiques. Il ne faut pas perdre de vue qu'il existe une profonde interaction entre les règles unificatrices et le système interne qui les réceptionnent, ce qui peut provoquer certaines distorsions. Parfois, le seul fait de qualifier une convention spécifique de norme « uniforme » est parfois en soi une difficulté.

i) Hormis le cas où une convention peut trouver une application universelle, elle suscite de toutes façons des problèmes d'interprétation susceptibles d'engendrer des résultats très disparates. Dans tous les cas, cela fait courir un risque à la sécurité juridique qui doit pourtant être au cœur du droit du commerce international. Toutefois, toutes les conventions qui régissent le commerce international ne présentent pas cette vocation d'universalité, comme c'est le cas de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises qui régit la plupart des transactions.

ii) Le développement croissant de la codification internationale du droit uniforme génère de plus en plus souvent des conflits entre conventions¹⁸². Cela pose des problèmes importants et complexes de délimitation normative et nuit à une réglementation saine des transactions marchandes sur le plan international. Divers facteurs sont en cause. Il est fréquent qu'au sein d'un même organe codificateur, il se produise une révision des conventions précédentes ou que des matières identiques fassent l'objet simultanément d'une codification internationale dans divers organes (comme par exemple, les conventions sur les contrats internationaux des NU, de l'Union européenne, d'Unidroit, etc.). À noter que souvent surgissent de faux conflits de conventions suite à une interprétation défaillante de ses champs d'application respectifs. Malgré tout, les problèmes de délimitation entre des conventions apparaissent et sont chaque jour plus nombreux dans la jurisprudence interne des États. La délimitation entre les conventions présentent de multiples risques et conduit soit à ignorer l'existence de certains textes internationaux, dont le nombre va croissant, soit à l'inverse à s'affronter à la difficulté que pose le choix de la norme correcte à appliquer.

iii) Ces difficultés ont conduit à inclure dans les mêmes textes conventionnels ce que l'on dénomme la « clause de compatibilité avec les traités »¹⁸³. Elle a pour but soit d'éliminer tout conflit futur quant à l'application des traités dans le temps, soit

¹⁸²Vid. F. Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, t. I, Paris, Pedone, 1976, pp. 282 et seq.

¹⁸³Dans la doctrine espagnole Vid. S. Álvarez González, "Cláusulas de compatibilidad...", *loc. cit.*, pp. 39-62.

d'appliquer le principe de la loi la plus favorable passant par des situations très complexes selon les intérêts en jeu ou générant une incertitude laissant au juge une marge de manœuvre. Finalement, ce sera le juge qui choisira selon ses connaissances, quel texte conventionnel est applicable au cas d'espèce¹⁸⁴. Dans ce dernier cas, ce n'est pas la solution définitive des éventuels problèmes à résoudre qui compte mais la rédaction de la clause par la technique codificatrice de « la fuite en avant », afin d'éviter que les négociations soient paralysées.

iv) Il faut écarter l'idée selon laquelle les conventions de droit uniforme visent à éliminer tout conflit de lois susceptible de se produire car l'uniformité normative ne suppose pas l'uniformité d'interprétation. La pratique commerciale démontre que les systèmes juridiques, provenant même au sein d'une même famille de droit, ont pour habitude de produire des réponses diverses et divergente sur une même question concrète régie par un instrument d'unification internationale¹⁸⁵. Le problème de l'interprétation de ce type de conventions, est non seulement l'une des questions les plus débattues, mais fournit une grande partie de la substance théorique¹⁸⁶. En principe, si l'on pouvait compter sur un texte qui éliminerait de façon préventive toutes les questions d'interprétations et utiliserait des catégories très bien délimitées, on éviterait les problèmes qui surgissent *a posteriori*. Toutefois, ce travail dans la majorité des cas ne peut pas être accompli en amont car le dilemme apparaît au moment de l'application des normes. En outre les problèmes ne sont pas résolus pour autant. En effet, avec la multiplication des conventions internationales de droit uniforme ces dernières années, il apparaît d'importantes différences d'interprétation d'un même concept. Ce n'est pas l'interprétation d'un même concept au sein d'une même convention qui pose problème à plusieurs États signataires de cette convention mais bien l'interprétation de ce même concept dans au moins deux conventions internationales et ce même par un seul État. Il n'existe pas, aujourd'hui, de « concepts autonomes » comme la « vente », « les biens meubles », « l'établissement commercial » ou « *factoring* », qui sont des notions de portée différente selon le type d'instrument concret. Cela oblige à coordonner les efforts d'unification afin d'éviter à titre préventif les difficultés d' « interprétation inter-conventionnelle »¹⁸⁷.

C) Avantages des lois types

¹⁸⁴Dans son art. 21 « Relations avec d'autres conventions », la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dispose que « la présente convention ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie. » Sur ce point, l'art. 15 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits se positionne de la même manière.

¹⁸⁵E. Krings, « L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois unificatrices », *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 525-534.

¹⁸⁶L. Marquis, « L'interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personnalisé par Marc-Antoine », *Rev. int. dr. comp.*, vol. 54, 2002, pp. 97-125.

¹⁸⁷F. Ferrari, « I rapporti tra le convenzioni di diritto materiale uniforme in materia contrattuale e la necessità di un'interpretazione interconvenzionale », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 669-688.

61. Face à cette situation, il faut relever les nouvelles techniques normatives d'unification du droit et qui se développent dans des travaux de codification internationale. Face à la réticence des États à adhérer à des lois uniformes, pour défendre à outrance leurs particularismes juridiques, l'on peut recourir à une voie plus flexible sous la forme d'une loi type. Elle joue un rôle de plus en plus important comme instrument de rapprochement des États en leur apportant une marge de liberté pour décider de régir une matière concrète à partir de solutions internationalement acceptées. Cela permet aussi de moderniser leur législation en fonction de leurs propres besoins et constitue un instrument précieux pour l'interprétation, dans le cadre international, de certaines conventions et autres instruments internationaux existant. En outre, il faut indiquer qu'il s'agit d'une technique de codification « alternative » qui requiert peu de coopération internationale puisqu'elle est davantage configurée, dans la plupart des cas, comme une solution ponctuelle adaptée à une situation concrète que comme un mécanisme générique de codification.

La loi type, telle que nous allons maintenant la présenter, est un texte législatif :

i) Dont l'intégration dans le droit interne des États est recommandée. Et à la différence d'une convention internationale, l'État qui l'adoptera ne sera pas tenu de remplir des conditions posées par le droit des traités, souvent nombreuses et complexes, comme par exemple la notification à faire auprès du dépositaire ou des autres États parties. Les États doivent, dans la mesure du possible, respecter le texte uniforme de la loi type car il rend le droit interne plus transparent et accessible aux parties étrangères, ainsi qu'aux conseillers juridiques et conciliateurs étrangers qui interviennent pour résoudre une difficulté sur le territoire de l'État qui l'a promulguée ;

ii) Qui est généralement adopté dans le cadre d'une conférence internationale à l'issue de débats préparatoires visant sa seule mise en place, dans un processus et une technique similaire à celle du « Livre vert » de l'Union européenne. Une fois adopté, il est recommandé aux États d'insérer totalement ou partiellement le texte dans leur droit interne. Cela ne confère pas au texte de caractère contraignant direct (les États n'ont pas à notifier à l'organisme ou aux autres États qu'ils ont intégré le texte dans leur ordonnancement) mais constitue une source d'inspiration pour le législateur interne au moment de légiférer sur une matière concrète prévue par une loi type. Étant donné qu'il s'agit d'un modèle de texte légal dont la finalité est d'être inséré dans le droit interne, il présente les mêmes caractéristiques que n'importe quel autre texte légal destiné à être promulgué par un Parlement et, par conséquent, il ne contient pas de liste de « signataires » comme celle qui est habituellement annexée aux traités internationaux.

iii) Dont le texte peut être modifié ou supprimé par chaque État, dans le processus d'intégration dans le droit interne, ce qui évite la pratique traditionnelle des réserves utilisées pour les conventions internationales. Cette pratique n'est généralement pas bien perçue en matière de codification internationale, et il est de plus en plus fréquent que les conventions en limitent à titre exceptionnel scrupuleusement la portée. Il est indéniable que l'harmonisation et la sécurité qui est obtenue à travers la législation

modèle est certainement inférieure à celle issue d'une convention. Toutefois, cet inconvénient apparent peut être compensé par le fait que le nombre d'États qui décideront d'intégrer la loi type sera supérieur au nombre d'États prêts à ratifier ou à adhérer à une convention. Et, en tout cas, cette technique offre une flexibilité qui permet au législateur national d'adapter le texte modèle à ses spécificités internes, comme par exemple de nature procédurale. Bien entendu, les institutions codificatrices recommandent vivement aux États d'éviter ce genre de pratique afin d'assurer plus d'efficacité à la codification. Afin d'atteindre un niveau d'harmonisation et de sécurité satisfaisant, les États devront, au moment d'incorporer la loi type dans leur droit interne, éviter le plus possible d'introduire des changements et de s'assurer que tout changement est compatible avec les principes de base de la loi type.

La CNUDCI, institution codificatrice prédominante dans le secteur commercial, a adopté ces derniers temps une technique en vue de résoudre les réticences des États et d'étendre une série de principes de base sur certains concepts. Prenons l'exemple significatif de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 qui n'a pas apporté les fruits attendus. En effet, il suffit de constater le désintérêt du législateur interne lors de l'élaboration des lois nationales sur l'arbitrage et plus spécifiquement de la loi espagnole de 1988. Prenons aussi l'exemple de la loi type sur l'insolvabilité internationale de 1997 qui a été prise en compte par les codifications récentes et qui est un exemple de la manière dont il est possible d'adapter une loi type aux règles de procédure des États. Cependant, la technique de la loi type n'est pas généralisée dans tous les organes de codification. Par exemple la Conférence de La Haye de DIPr a écarté depuis de nombreuses années la possibilité d'harmoniser les règles de conflit de lois par des lois modèles, comme les représentants des États nord-américains le proposaient¹⁸⁸. Notons que cette position marque un certain assouplissement depuis ces dernières années.

¹⁸⁸K.H. Nadelmann et W.L.M. Reese, "The American Proposal at the Hague Conference on Private International Law to Use the Method of Uniform Laws", *Am. J. Comp. L.*, 1958, pp. 239-247 ; K. Nadelmann, "Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 37-51 ; A. Marín López, "La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el método de las leyes modelo", *RDEA*, n° 24, 1969, pp. 33-48.

62. Une loi adoptée par le législateur national, même si elle est d'apparence technique, est toujours la traduction d'une idéologie et d'intérêts et sa teneur relève d'une politique commune ce qui requiert une unicité de souveraineté, exclue par hypothèse¹⁸⁹. Face à cela, une loi type est le texte par excellence qui harmonise le droit interne, alors que la convention est un instrument international que les États approuvent officiellement afin d'unifier certains champs de leur droit interne dans le contexte international.

Hormis le cas du Venezuela et de Panama, les pays de l'OHADAC manquent pour régir, au moins, le champ substantiel des problèmes de droit international. En général, les différents domaines qui configurent le contenu du DIPr sont : la détermination de la compétence des tribunaux du for et de la loi applicables dans les affaires présentant un caractère d'extranéité, la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues à l'étranger. Ces domaines ne sont pas suffisamment réglementés et sont traités dans des champs de la loi différents ce qui entraîne de sérieux problèmes pour se retrouver dans les solutions proposées par les divers articles.

Cette construction vise l'existence d'une série de critères d'ordre général. En premier lieu, l'indépendance dans le traitement des conflits de lois et des conflits juridictionnels. En second lieu, le caractère attractif de la juridiction caribéenne qui se considère comme pleine et indéclinable. Pour les tribunaux caribéens, ils optent pour une conception au sens large de la notion de juridiction en la rattachant à la notion de souveraineté nationale. Cela se matérialise par :

i) La transposition pure et simple sur le plan international de la *vis attractiva*. Cela consiste, sur le plan interne, à affirmer le caractère exclusif et excluant de la juridiction interne ordinaire face aux juridictions étrangères, pour traiter de toutes les litiges civils nés sur le territoire national. Cela a conduit, à de multiples occasions, à appliquer des critères de délimitation de la compétence territoriale interne à des situations en lien avec d'autres pays.

ii) La reconnaissance de la compétence des tribunaux caribéens, dans le cas d'un litige né de l'exécution d'un contrat, même dans le cas où il existe une clause expresse et non équivoque prévoyant de soumettre le litige à une juridiction étrangère. Autrement dit, il n'est pas d'usage d'admettre que la volonté des parties, lorsque celles-ci soumettent leur litige à une juridiction étrangère, puisse avoir un effet dérogatoire ce qui va à l'encontre des exigences mêmes du commerce international. Cela dénote par rapport aux règles existantes sur l'arbitrage dans les pays de l'OHADAC qui admet sans équivoque qu'il puisse y avoir un déclinatoire au profit de l'arbitre quand les parties ont convenu d'une clause compromissoire. De même il n'existe pas de règles de procédure qui régissent les effets du choix par les parties au contrat de soumettre leur litige à une juridiction étrangère.

3. Orientations de la loi type OHADAC

¹⁸⁹P. Malaurie, "Loi uniforme et conflits de lois", *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1964-1966)*, Paris, pp. 83-109.

A) Choix pour une orientation civiliste

63. La question est liée à la prise en compte du contenu *lato sensu* ou *stricto sensu* du DIPr. Il est indéniable que la conception qui est la plus étendue en Amérique latine penche, depuis ces dernières années, pour une « conception large » qui ne couvre pas seulement les champs classiques bien établis par la doctrine française (nationalité, extranéité, conflit de lois et conflit de juridictions)¹⁹⁰. Une conception qui s'impose à la longue, de type « conflictualiste » et « normativiste » elle vient régir des domaines étrangers au droit privé comme le droit pénal ou le droit du travail¹⁹¹. L'exemple le plus significatif réside dans le code Bustamante et apparaît aujourd'hui de façon marquée dans le code panaméen de DIPr. Ce double développement a disparu des législations modernes de DIPr et, par conséquent, de l'enseignement, même si certaines lois ne peuvent éviter de s'insérer dans certaines institutions du droit commercial.

La loi type, n'ayant pas pour seule vocation de résoudre les questions relatives à la loi applicable dans l'espace, ne constitue pas un cadre normatif général pour l'ensemble des relations de droit international privé. La loi type vise, de préférence, à solutionner les conflits de lois et de juridictions de type « civil » même si cette limitation emporte des exceptions importantes en admettant le droit public étranger (**article 65**), la réglementation du contrat de travail (**article 47**), ou en prenant en compte certaines institutions de nature purement commerciale.

64. Précisément concernant ce dernier domaine, la loi type amène des réflexions qui justifient le fait qu'il ne soit pas pris en compte. Le dépassement du formalisme a conduit à séparer progressivement le DIPr et le droit des affaires internationales (que certains auteurs appellent droit du commerce international ou droit commercial international). Le droit des affaires internationales est un ordre qui régit les échanges de biens et de services et qui vise à apporter des réponses aux relations entre les parties à une opération internationale, commerciale ou financière, ou à une prestation de services transfrontalière. Si d'un point de vue privatiste, l'étude du régime des échanges commerciaux est fondamentalement intéressant, il n'en demeure pas moins qu'une étude complète de l'ordonnancement juridique des transactions commerciales internationales doit analyser les acteurs de ces échanges. Cela conduit à s'introduire dans le droit des sociétés et dans son cadre fonctionnel, à savoir le marché international. Cette analyse du marché international exige non seulement de se pencher sur ses mécanismes de protection, en particulier dans le domaine de la libre concurrence et de l'accès aux propriétés spéciales, mais également d'analyser la structure même d'un tel marché : l'organisation institutionnelle, la structuration et le fonctionnement des différents marchés régionaux et l'organisation interne du commerce extérieur. Cela suppose inévitablement de dépasser le cadre d'analyse

¹⁹⁰H. Batiffol, "Las tendencias doctrinales actuales en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 72 (1948-1), pp. 7-8 et 34-35.

¹⁹¹J.C. Fernández Rozas, "Sobre el contenido del Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 69-108.

purement privatiste ou commercial et impose d'introduire des concepts et des développements de droit administratif international et de droit international économique. Il serait absurde d'analyser le régime des échanges internationaux sans avoir une vision des lignes directrices sur lesquelles doivent se développer et se réaliser ces échanges.

Indépendamment du droit des affaires internationales, conçu dans une approche normativiste mettant l'accent sur le « conflit des lois »¹⁹², le droit commercial international, en tant que droit spécial, repose en grande partie sur le processus de codification mené par la CNUDMI. Face à l'inexistence, aujourd'hui, d'un droit des affaires internationales commun à tous les États, il faut combiner plusieurs sources de production juridique, d'origine institutionnelle, conventionnelle et interne. À partir de là, cet ordonnancement peut se définir comme « l'ensemble des règles juridiques qui régissent les opérations commerciales réalisées par les opérateurs juridiques privés dont les intérêts se situent dans des États différents ». À partir de cette définition, les remarques suivantes peuvent être formulées quant au droit des affaires internationales. a) Il comprend un bloc normatif qui régit l'activité commerciale internationale et qui émane des dispositions nationales ainsi que des traités internationaux, tout comme des règles et des usages internationaux entre professionnels. b) Il porte sur un ensemble d'opérations qui impliquent l'exercice du commerce, tant pour ce qui se réfère à la structure de l'activité (statut des dirigeants des sociétés), que pour les actes qui caractérisent l'activité de l'entreprise (vente, concurrence...). c) Il s'applique à toutes les relations commerciales et financières entre des personnes qui ont des intérêts, ou des liens situés dans des États différents.

B) Le dépassement du modèle de la règle de conflit rigide et au résultat imprévisible

65. Le cadre étroit qui est réservé aux dispositions de DIPr a conditionné de façon décisive la répartition des champs régis par les codes civils pour la conservation de leur empreinte statutaire (Cuba, République Dominicaine), ce qui n'a pas empêché d'avoir ses détracteurs.¹⁹³ La loi vénézuélienne de DIPr a écarté expressément cet immobilisme en refusant dans son exposé des motifs « qu'un système statutaire enraciné, avec ses propres caractéristiques originales et crédibles, ait été endommagé

¹⁹²D'un point de vue normativiste qui prévalait dans la doctrine jusqu'à récemment, les questions d'ordre typiquement commercial suscitant des problèmes de « conflits de lois » relevaient du droit des affaires internationales. Cette conception, très répandue au début du XX^{ème} siècle, venait de la distinction faite entre les « actes civils » et les « actes de commerce » présents dans les codes de commerce. Suite à la résolution d'éventuels « conflits de qualifications », les « problèmes conflictuels » étaient compris dans les actes de commerce à l'intérieur du « droit des affaires internationales ». Cette position stricte faisait alors allusion à l'ensemble de règles ayant pour objet certains actes juridiques ou certaines personnes et constituant une exception aux règles de droit international civil. Il est cependant important de prendre en compte que le fil directeur de ce système juridique, selon cette conception, reposait sur deux éléments communs : la matière régie (acte de commerce) et la réglementation (règle de renvoi ou de conflit).

¹⁹³L. Herrera Mendoza, «La escuela estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad», *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, El Cojo, 1960, p. 124.

par la pratique et en soit venu à se convertir à un système de coloration territorialiste ou, encore pire, à cumuler des solutions incertaines et incohérentes. »

66. Une telle technique législative met en évidence le fait que la codification moderne opte pour l'abandon des normes de conflit comme moyen unique de résolution des litiges, et propose divers moyens mieux adaptés aux différentes relations et institutions juridiques qui se produisent dans le droit international privé¹⁹⁴.

La conception de la règle, comme solution unique, émane du modèle élaboré par le juriste allemand au XIXe siècle, F.K. von Savigny, qui dans son état le plus épuré se compose de trois éléments. Premièrement, d'une situation de fait qui entre dans le champ du droit et qui peut résulter d'une relation juridique (« les effets du mariage », « la succession à cause de mort », « l'émission de titres valeurs », etc.), d'une institution (« la tutelle ou les autres modes de protection », « l'adoption », « la possession », « la propriété », etc.) ou d'un droit subjectif (« le droit à une pension alimentaire », « le droit de propriété intellectuelle ou industrielle », etc.). Deuxièmement, d'une conséquence juridique, qui n'est pas prévue dans la règle même, mais qui doit être déterminée indirectement par le biais du mandat d'application de la règle que le législateur confère à l'ensemble du droit national. Troisièmement, d'un lien de causalité qui permet de rattacher l'élément étranger émanant du fait juridique, et de le placer dans la conséquence juridique (« la loi de la nationalité commune au débiteur et au créancier de la dette alimentaire », « la loi nationale du *de cuius* », « la loi de rattachement choisie expressément par les parties », « la loi du pays de la signature de l'acte », etc.)¹⁹⁵. Il convient de rappeler que cet auteur parlait de la fonction de la norme de conflit pour déterminer le droit matériel applicable en théorie à une situation de fait, à savoir une seule loi à l'exclusion de toutes les autres à l'exception des correctifs qu'imposerait la règle de résolution des conflits elle-même¹⁹⁶.

La méthode avancée impliquait des mécanismes et des automatismes au détriment, très souvent, des critères de justice. Elle se centrait précisément sur la fonction de la règle de manière dogmatique et rigide, faisant primer l'objectif de garantie et de sécurité juridique sur tous les autres. Ce n'est pas en vain qu'elle a été qualifiée, à juste titre, de « machine aveugle ».

Ce modèle rigide contraste largement avec celui suivi par les règles de conflit contenues dans les législations nationales modernes et dans les conventions internationales de l'après-deuxième guerre. Ces règles de type traditionnel

¹⁹⁴F. Rigaux, «La méthode du conflit de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 1 *et seq.* ; P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Ginebra, Georg, 1985 ; E. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987.

¹⁹⁵F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, Berlin, Veit und Comp., 1849.

¹⁹⁶J.-L. Elhoueiss, «L'élément d'extranéité préalable en droit international privé», *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 39 *et seq.*

comprennent une orientation matérielle, un résultat, qui laisse une marge de manœuvre plus large au juge ou à l'autorité qui les applique. Il s'agit de la « règle de conflit multilatérale fonctionnalisée » qui vise à appliquer au cas d'espèce la loi qui lui est le plus étroitement liée ou la loi qui lui est matériellement la plus appropriée ou la loi que la ou les parties impliquées considèrent comme la plus adaptée pour défendre leurs intérêts, et ce dans le respect de la méthodologie de type fonctionnaliste.

C) Abandon des constructions fondées sur la loi de nationalité

67. Il a déjà été signalé l'influence de la codification européenne et de son choix de considérer la nationalité comme un élément déterminant face au choix du domicile opéré en Amérique latine. Toutefois, prenant en compte que le domicile emportait un large consensus, le code accordait à chaque État le droit d'appliquer, en plus des lois de nationalité et de domicile, « les lois qu'il a ou aura adopté ultérieurement dans son droit interne » (article 7). Cela permettait de faire entrer des règles fondées sur des principes territorialistes. La majorité des pays de la Caraïbe ont fait ce choix¹⁹⁷, hormis Cuba et la République Dominicaine qui, fidèles à la tradition juridique espagnole et française, se sont fondés sur le principe de nationalité. Cela était cohérent au regard des dispositions de l'article 3.3° du code civil. Conformément à cette question, qui figurait également à l'article 9 de la précédente version du code civil espagnol de 1889, le principe de nationalité régissait non seulement l'état et la capacité des personnes mais aussi les relations de famille et le droit successoral, ce qui entraînait une large application extraterritoriale des lois française, espagnole ou dominicaine, applicables aux ressortissants de ces pays où qu'ils se trouvent dans le monde.

Toutefois, l'application du droit de la nationalité qui, il y a plus d'un siècle, pouvait être justifiée dans des pays comme la France, l'Italie¹⁹⁸, l'Espagne, les Pays-Bas, le Portugal ou la Suisse, ne parvient pas à s'implanter dans la majorité des ordres

¹⁹⁷Bien que les États de la Caraïbes ne l'aient pas signé, il convient de rappeler que la Convention interaméricaine sur le domicile des personnes physiques en droit international privé définit le domicile général et le domicile spécial d'une personne physique moyennant des solutions cumulatives. Celles-ci facilitent le choix du lien de rattachement de cette personne physique, malgré la diversité des législations internes existant en la matière. Au titre de la convention, le domicile général sera déterminé en fonction des facteurs suivants : 1) le lieu de résidence habituelle ou le siège principal des affaires ; 2) à défaut, le lieu de résidence simple sera considéré comme domicile ; 3) à défaut, en absence de résidence simple, le lieu où se trouve cette personne. Concernant le domicile spécial, la Convention établit que : 1) le domicile des personnes incapables est celui de leur représentant légal ; 2) le domicile des conjoints est celui dans lequel ils vivent ensemble ; 3) le domicile des fonctionnaires diplomatiques est le dernier qu'ils aient occupé dans le territoire de l'État accréditant ; 4) le domicile des personnes physiques résidant temporairement à l'étranger dans le cadre de leur travail ou détachées par leur gouvernement est celui de l'État ayant procédé au détachement ; 5) lorsqu'une personne a un domicile dans deux États parties, son lieu de résidence simple est considéré comme son domicile et si elle possède une résidence simple dans les deux, le lieu où trouve cette personne sera préféré.

¹⁹⁸E. Vitta, "Il principio di nationalità nel diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1981, pp. 345-363.

juridiques. Depuis des décennies il s'est produit un fort rejet¹⁹⁹ suite à une vive polémique entre les défenseurs de la loi nationale et ceux de la loi du domicile. Cela a conduit à retenir la loi du lieu de résidence habituelle²⁰⁰. C'est le cas par exemple du code belge de DIPr²⁰¹, de la loi vénézuélienne de DIPr, du projet dominicain, ou du projet argentin, où le lieu de résidence habituelle est utilisé de façon indifférenciée et au même titre que le domicile des personnes physiques, considéré comme le critère classique d'attribution. Cette solution est de plus en plus adoptée et s'impose comme mode de régulation.

Il est habituel d'exposer et d'analyser les arguments qui justifient l'une ou l'autre des solutions en signalant leurs avantages respectifs. Ainsi, par exemple, on invoque en faveur de la loi nationale : a) sa plus grande stabilité par rapport à la loi du domicile, car ce dernier peut être changé plus facilement ; b) son degré de fiabilité, étant donné qu'il est plus aisé de déterminer la nationalité d'un individu que de repérer son domicile ; c) sa plus grande adaptation à la culture de l'individu (race, religion, langue) ; d) sa virtualité pour atteindre des solutions unitaires, par exemple pour les membres d'une même famille. Face à cela, les défenseurs de la loi du domicile avancent aussi des arguments de poids. La loi du domicile : a) s'adapte mieux aux intérêts des émigrants dans un pays étranger ; b) correspond à l'intérêt des tiers qui signent des contrats avec l'étranger ; c) reflète le lien le plus fort que la personne a avec son milieu socio-économique dans lequel elle développe ses activités ; d) est le fruit de l'intégration de l'étranger dans son environnement et d'une société présentant plus de cohésion sans faire de différence juridique avec ses ressortissants ; e) apporte une adéquation entre le lieu où le litige se produit et le droit appliqué par le juge ; f) constitue le point de connexion fondé sur la loi du for, sans avoir à prendre en considération les dispositions d'un ordre juridique étranger relatif à la nationalité ; g) est la meilleure solution technique aux problèmes spécifiques des apatrides ou des personnes qui ont deux ou plusieurs nationalités ; et h) est mieux adaptée aux personnes morales et aux sociétés, car elle leur permet d'être plus mobile et améliore leur compétitivité, tout en conservant un lien avec le marché sur lequel elles opèrent²⁰².

Outre le fait que la polémique a atteint un certain niveau d'abstraction, l'on peut considérer que la nationalité rend prévisible la loi applicable, même si elle est souvent inappropriée en matière de statut personnel, alors que le domicile apporte une loi plus appropriée mais difficile à déterminer dans certains cas, lui conférant son imprévisibilité. Au contraire, il peut arriver spécialement dans les relations

¹⁹⁹R.D. Kollewijn, "Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno", *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, pp. 508-525 ; Ph. Francescakis, "Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1982-1984), pp. 291 *et seq.*

²⁰⁰R. van Rooij, "The Concept of Domicile ("woonplaats") in Netherlands Private International Law", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol.22, 1975, pp. 165-182.

²⁰¹M. Verwilghen, "La place de la nationalité dans le Code de droit international belge", *loc. cit.*, pp. 1687-1701.

²⁰²J.V. Long, "Domicil v. Nationality", *RebelsZ*, 1953, pp. 247-262 ; L.I. De Winter, "Nationality or Domicile? The Present State of Affairs", *Recueil des Cours*, t. 128, 1969-III, pp. 347-504 ; Y. Loussouarn, "La dualité des principes de nationalité et domicile en droit international privé", *Annuaire IDI*, vol. 62-II, 1987, pp. 127-178.

familiales, que les particuliers présument qu'il leur sera appliqué le droit avec lequel ils sont le plus liés, à savoir celui du territoire où ils sont domiciliés depuis des années. Il leur paraît dès lors surprenant que leur loi nationale leur soit appliquée alors qu'ils n'ont plus de lien réel avec elle. Dans les pays comptant un nombre élevé d'immigrants, l'application de la loi nationale pose non seulement des problèmes d'application procédurale du droit étranger, mais génère parfois une insatisfaction sociale car si d'un point de vue du spécialiste la solution s'explique, du point de vue du citoyen elle est décevante car elle est déconnectée du cas d'espèce.

Dans tous les cas, le domicile constitue un point de conciliation dans la controverse entre territorialisme absolu et personnalisme, propre à la nationalité, utilisée comme facteur personnel. Le domicile permet dans de nombreux cas d'appliquer la loi du for sans abandonner la possibilité d'appliquer le droit étranger²⁰³. En même temps, la qualification du domicile comme résidence habituelle répond à une tendance universelle pour l'assouplissement de ce concept qui est facile à vérifier et facilite la détermination du lieu d'application du droit. Ce nouveau facteur impose de s'interroger sur deux questions précises : l'interprétation de la résidence habituelle, pour pouvoir être identifiée, et la portée de son application d'une part pour les personnes physiques et d'autre part comme critère permettant de déterminer le droit applicable ou la compétence des juridictions²⁰⁴.

68. Nous ne nous trouvons évidemment pas face un simple problème théorique car rattacher la nationalité ou le domicile dans un système de DIPr déterminé ne constitue pas un acte neutre mais reflète les intérêts d'un État à un moment déterminé de son histoire. Les premières règles de DIPr n'optaient pas pour telle ou telle solution de façon neutre. Si la France, l'Italie, l'Espagne ou l'Allemagne ont opté pour la loi nationale pour régir le statut personnel c'était soit pour des raisons d'affirmation politique de l'identité nationale soit parce qu'à ce moment-là, ces pays étaient des pays d'émigration. Ce n'est pas par hasard, non plus, si le rejet de cette option et l'adoption de la loi du domicile se sont produits dans des pays qui traditionnellement recevaient des étrangers. Comme cela a été indiqué, dans les pays d'Amérique latine, le rattachement à la loi nationale institué par le code Bustamante, ne s'est pas ajusté aux spécificités de nombre de ces pays à l'époque qui recevaient un nombre important d'émigrants²⁰⁵.

Il s'agit d'un débat historique qui appartient désormais au passé. Actuellement le choix de la nationalité ou du domicile répond à d'autres besoins et se limite aux pays de tradition romano-germanique. Dans les autres pays comme les États-Unis d'Amérique, la question se limite à savoir si la règle étasunienne s'applique à une situation de droit international privé. Pour ce faire, la méthode traditionnelle de la

²⁰³T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la Doctora Tatiana B. de Maekelt, discurso de contestación de la Académica Doctora Hildegard Rondón de Sansó, acto celebrado el 18 de junio de 2002, Caracas, Venezuela, p. 55.

²⁰⁴*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 5**.

²⁰⁵A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, "La nationalité et le domicile. Étude de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1927, pp. 375 et seq.

règle de conflit sera remplacée dès lors que la situation présente suffisamment de lien avec ce pays pour déterminer la compétence de ces juridictions et l'application de son droit.

Outre ce changement de perspective, il existe des solutions de conciliation. La majeure partie des conventions de DIPr qui dans les dernières décennies ont visé à unifier le mode de résolution des problèmes de droit international privé ont utilisé comme alternative la « résidence habituelle ». Ce rattachement offre l'avantage de s'en remettre au contexte réel de la vie de la personne et, s'agissant d'un critère de fait, il évite les difficultés que posent la nationalité et le domicile²⁰⁶. Concrètement, la Convention interaméricaine sur le domicile des personnes physiques dans le DIPr de 1979 qualifie, en premier lieu, le domicile comme résidence habituelle. En second lieu, elle le situe comme siège principal des affaires. Et si ces deux situations ne se présentent pas, elle prendra en compte le lieu où se trouvera la personne (article 2). Cet article démontre le caractère factuel de la résidence tel qu'il est observé dans les législations comparées.

D) Modernisation du système

69. Il est évident qu'avec la présente loi type, la conception du DIPr en vigueur dans nombre de pays de la Caraïbe doit nécessairement changer. De même la loi type va modifier la conception d'une discipline juridique construite, souvent, à partir de raisonnements fondés sur une seule disposition législative dérivée de l'article 3 du code Napoléon, source de nombreuses constructions doctrinales qui s'avèrent très souvent inaccessibles aux non-initiés.

i) L'un des éléments les plus innovants de la loi type est l'introduction de nombreuses solutions adoptées dans la codification internationale de DIPr incluant la coordination des droits en présence et qui sont clairement diversifiés. L'objectif est d'atténuer le retard pris par la majorité des pays de l'OHADAC dans l'adoption de normes d'origine conventionnelle et ainsi d'éviter les problèmes inévitables découlant du « conflit de conventions ». Le choix de ces solutions a été effectué après avoir pondéré scrupuleusement les avantages et les inconvénients dans les diverses alternatives et avec la conviction que, dans les matières juridiques, la plus acceptable est simplement celle qui entraîne dans la pratique le moins d'inconvénients.

ii) La loi type, sensible à l'évolution de la société, introduit des règles adaptées aux temps nouveaux. Nombre de ses dispositions sont empreintes de droits humains en matière de DIPr pour diverses questions et situations afin de garantir, par exemple, l'accès à la justice, tempérée par la limitation logique des immunités nationales (**articles 7 et 77**), les droits des travailleurs (**article 47**) ou les intérêts supérieurs des enfants mineurs (**article 38**)²⁰⁷. La loi type est également sensible aux nouveaux

²⁰⁶P. Rogerson, "Habitual Residence: The New Domicile?", *Int' Comp.L.Q.*, vol. 49, n° 1, 2000, pp. 86-107.

²⁰⁷Y. Lequette, "Le droit international privé et les droits fondamentaux", *Libertés et droits fondamentaux* (R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche et T. Revet, dirs.), 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, pp. 97 *et seq.*

phénomènes comme l'apparition d'une réglementation internationale de la consommation (**article 48**). De même, elle prête attention au phénomène de plus en plus courant d'une relation de famille entre deux personnes non liées par l'institution matrimoniale mais ayant des relations affectives et un projet de vie commune qui sont similaires ou identiques au mariage traditionnel. L'**article 34** opte dans ce sens pour une solution modérée, en se limitant à la seule pratique nécessaire tout en étant conscient qu'il existe, de plus en plus, dans ce domaine une réglementation très spécialisée sur ce point en droit comparé.

iii) La nouvelle lecture des droits humains ainsi que le rôle de la personne dans le noyau familial et son autonomie, ne pouvait pas passer inaperçu dans une réglementation moderne de DIPr²⁰⁸. L'idée que les parties sont les meilleurs juges de leurs propres intérêts, constitue un argument essentiel de la construction juridique et apporte une réponse aux multiples questions qui se posent dans le cadre des relations de droit privé international²⁰⁹. Sans entrer dans la polémique de ces dernières années, sur ce que dénomme A.E. von Overbeck « l'irrésistible champ d'autonomie de la volonté du droit international privé »²¹⁰, la loi type innove, de façon significative, avec l'idée traditionnelle de l'autonomie de la volonté dont le rayon a été considérablement restreint dans le contexte du DIPr. Dans la loi type, cette autonomie a été restreinte au champ du contrat international ce qui suppose en soi une grande avancée par rapport au modèle du code Bustamante. Toutefois, cette autonomie s'est étendue à d'autres secteurs qui vont au-delà des aires traditionnelles décentralisées²¹¹ à savoir : les relations patrimoniales dans le mariage (**article 31**), le divorce et la séparation judiciaire (**article 33**), la succession à cause de mort (**article 41**), les donations (**article 44**), les contrats en général (**article 45**), le contrat de travail (**article 47**), les contrats passés par des consommateurs (**article 48**) et les obligations extracontractuelles (**article 52**). Ce mouvement vise à assurer l'élimination des problèmes de conflits que pose le rattachement à la « nationalité » de façon complémentaire à l'action de la résidence habituelle dans ce domaine.

iv) La loi type, du point de vue de la procédure internationale, vise un objectif qui dépasse les notions traditionnelles de souveraineté, de territorialisme et de pouvoir

²⁰⁸S. Sánchez Lorenzo, "Posmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, 1994, pp. 557-585 ; *id.*, "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (1996)*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 149-173.

²⁰⁹J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992 ; S. Álvarez González, "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, vol. I, Séville, 2005, pp. 137 *et seq.*

²¹⁰A.E. von Overbeck, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 619 *et seq.*

²¹¹P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425-454 ; J. Basedow et B. Diehl-leistner, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland", *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht* (E. Jayme y H.-P. Mansel, eds.), C.F. Müller, 1990, pp. 13-43 ; C. Kohler, "L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel. Entre libéralisme et étatismes", *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, pp. 285-478.

juridictionnel. Pour ce faire, elle éclaire sur la différence qui existe entre la compétence juridictionnelle dans l'ordre civil en droit international et la compétence juridictionnelle en droit interne. Elle permet de d'établir plus facilement la juridiction du for, l'exequatur des actes émanant des autorités étrangères, elle renforce la coopération judiciaire internationale et adapte les règles de procédures. Et, les règles relatives à l'efficacité internationale des décisions de justice impliquent également une modernisation et une rationalisation des dispositions en vigueur. Celle-ci doit permettre en meilleure adéquation entre les critères techniques et la justice, ce qui s'avère nécessaire à la résolution de l'un des problèmes qui a le plus d'impact dans le domaine du droit international privé. Pour des raisons pratiques et de bonne technique législative, il a été considéré sur ce point que les autres questions doivent rester dans le champ de la matière régie par les règles procédurales de chaque État en particulier.

4. *Choix quant à son acceptation*

70. Le DIPr constitue un instrument essentiel pour les relations entre les sociétés afin de faciliter la mobilité des personnes, l'échange des biens et des services, ainsi que de promouvoir l'intégration. Dès les premières étapes de travail de codification, deux choix essentiels se sont présentés. Le premier porte sur une approche globale et vise à établir un corpus des règles englobant toutes les relations de droit international privé. Le second opte pour un processus graduel et progressif et comprend des instruments internationaux sur des questions particulières. Le choix opéré par la loi type OHADAC de DIPr, sans méconnaître l'œuvre codificatrice internationale construite sur les conventions internationales, consiste à fournir des réponses aux transactions internationales privées dans un monde globalisé, et ce particulièrement dans le cadre des processus d'intégration interaméricaine. Mais cette mission doit être menée avec mesure et prudence et être coordonnée avec la pratique consolidée des États caribéens et de leur environnement immédiat. En outre, la loi type n'exclut pas l'application de dispositions spécifiques relatives au DIPr et contenues dans d'autres lois, tant que les règles qu'elles établissent sont d'ordre général. L'article 2 exclut expressément toutes matières qui, par leur spécificité, devraient être contenues dans une loi spéciale, comme c'est le cas de l'arbitrage²¹² ou de la faillite.

Le caractère général de la loi type doit, cependant, être nuancé du point de vue de l'adhésion d'un État de la zone OHADAC :

i) Il ne s'agit pas d'imposer un choix entre tout ou rien. Actuellement, il existe des mécanismes qui, tout en favorisant l'autonomie de la volonté, permettent de concilier

²¹²Le Venezuela en Amérique Latine et l'Italie en Europe ont opté pour cette solution. Le projet dominicain penche également en faveur d'une telle séparation. Au Panama, une loi d'arbitrage et un code de DIPr introduisant une réglementation détaillée de l'arbitrage commercial international sont entrés en vigueur respectivement en 2013 et en 2014, ce qui générera sans doute des problèmes de coordination législative. *Vid.* J.C. Araúz, "La porfiada reforma del arbitraje en Panamá", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n° 1, 2014, pp. 127-143.

les éventuels intérêts en présence. La spécialisation des solutions apportées à des problèmes spécifiques offre aussi une possibilité de choisir une spécialité : il ne s'agit pas d'incorporer toutes les règles relatives à la loi nationale, ou à celle du domicile, ou encore à celle de la résidence habituelle. Une sélection *ad hoc* est non seulement possible, mais est également un avantage. En ce sens, la présente loi type devra être vue, donc, comme un mécanisme équilibré de règles autonomes qui pourront être introduites dans le droit interne des États soit en tant que texte unique, soit comme partie d'un domaine concret des règles de droit international privé.

ii) Le choix n'est pas neutre sur le plan strictement pratique : il est vital de connaître les conséquences de ce choix sur l'application du droit étranger. Il est indéniable que l'application de la loi nationale par le juge pose beaucoup moins de problème que l'application de la loi étrangère. En outre, il est notoire que la justice rendue en application de la loi interne, qui est parfaitement connue du juge, est de meilleure qualité. Traditionnellement, le choix pour la loi du domicile génère un fort taux d'application de la loi interne, vu le rattachement opéré entre le domicile et la compétence judiciaire. Cela dépend tant de la configuration démographique de chaque État, que du litige concret à trancher par les juridictions et, pourquoi pas aussi, des règles de compétence juridictionnelle internationale qui reconnaissent la compétence à leurs juridictions. Cette évolution correspond à la transformation sociale de ces dernières décennies. Les grands mouvements migratoires donnant souvent lieu à ce que des personnes disposent d'une double nationalité ont eu pour conséquent de faire perdre de l'importance à la règle de rattachement par la nationalité.

iii) L'emploi préférentiel de la résidence habituelle comme critère de rattachement facilite la coordination des solutions établies dans les instruments les plus modernes de coopération internationale, y compris ceux auxquels participent plusieurs pays de la zone OHADAC, comme c'est le cas de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de la responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Par ces prémisses, la loi type entend servir de guide pour le développement de la codification du DIPr dans les pays de la zone OHADAC et de référence pour les autres initiatives de ce type qui se produiront dans l'hémisphère américain.

71. La travail de codification est extrêmement complexe dans un domaine aussi débattu que le DIPr. Si le texte est trop technique et détaillé, il risque d'imposer des constructions abstraites qui sont dans la majorité des cas le fruit de débats académiques stériles, éloignés des intérêts concrets de la société caribéenne. Indépendamment de son inadéquation aux besoins actuels, le code Bustamante est l'exemple d'un échantillon de ce type de texte qui manque véritablement de signification réelle. Par contre, en optant pour la solution contraire, c'est-à-dire en élaborant un système excessivement simple et généraliste, le risque serait de faire perdre tout leur sens aux réponses posées par le législateur. Cela rendrait leur

application par les juges diffuse et entraînerait une faillite de la sécurité juridique indispensable en DIPr.

La loi type a pour objectif, dans la mesure du possible, de corriger cette situation pour atteindre ce qui constitue les deux buts suprêmes de justice et de sécurité juridique dans le cadre des relations de droit international privé. Elle vise également à ajuster ses dispositions aux caractéristiques et aux besoins propres d'une réalité sociale, économique et humaine des pays de la zone OHADAC. Plus concrètement, les objectifs poursuivis sont : a) résoudre les problèmes des différents systèmes de DIPr, qui présente des contradictions entre les codes et les lois spéciales ; b) adapter la législation de DIPr à la réalité sociale des États concernés ; c) mettre en adéquation les solutions internes et les solutions pratiques mises en œuvre dans la codification internationale, plus particulièrement à partir des expériences menées à la Conférence de La Haye de DIPr à l'échelle mondiale et à la Conférence spécialisée interaméricaine de DIPr à l'échelle de l'Amérique latine. Et ce, sans perdre de vue les solutions d'unification du DIPr posées par l'Union européenne et qui sont en application dans quelques pays de l'OHADAC du fait de leur ordre véritablement européen ; d) adapter les solutions, existant dans les pays concernés, au développement universel de la matière et aux législations les plus récentes et qui sont devenus des instruments valables pour un développement harmonieux des relations juridiques internationales.

Par conséquent, les trois principaux objectifs poursuivis par la présente loi type sont : la transparence, la modernité et l'ouverture internationale. Pour ce faire, toutes les dispositions de DIPr nécessaires pour un État de la Caraïbe, exprimées dans une formulation simple et précise, ont été regroupées dans un seul et unique texte.

5. Structure du texte proposé

72. Les remarques qui ont été formulées jusqu'à présent permettent d'établir les lignes directrices de la présente loi et de justifier le choix d'une loi spéciale comme technique législative adéquate et comme configuration tripartite de la matière régie. Il permet également d'entrevoir les influences quant aux solutions adoptées. Une fois la configuration tripartite acceptée - compétence judiciaire, loi applicable, reconnaissance et exécution des décisions – se pose la question du choix fondamental. Faut-il traiter de façon spécifique les institutions de droit privé dans leur ensemble et par rubrique et ainsi prévoir des solutions pour chacune d'elles (comme cela se fait partiellement dans la loi suisse de DIPr, dans le code belge de DIPr ou dans le code panaméen de DIPr) ? Ou, faut-il au contraire introduire à l'intérieur de chaque rubrique les institutions en question ? Il a été décidé d'opter pour cette dernière proposition car elle permet à l'opérateur juridique d'individualiser la question précise qui se pose en DIPr au moment de trancher concrètement. Cette dernière technique est celle adoptée par la loi italienne de DIPr, ainsi que par le projet uruguayen et le projet dominicain. En outre, le choix de la loi spéciale ne présente pas seulement un caractère autonome de DIPr, mais au gré des besoins et pour des raisons pratiques, il facilite plutôt son actualisation²¹³.

73. Le titre I (« Dispositions communes ») est précédé de dispositions portant sur l'objet de la loi type qui régit les rapports privés internationaux à caractère civil et commercial. Ces dispositions communes déterminent ensuite l'étendue et les limites de la compétence juridictionnelle caribéenne, la détermination du droit applicable et les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères tout en procédant à trois exclusions expresses : la matière administrative, l'arbitrage commercial et la faillite ou autres procédures analogues. Puis, la loi type énonce deux réserves générales pour son application. En premier lieu, elle donne préférence aux traités internationaux ratifiés par l'État qui incorpore la loi ce qui signifie que ces traités prévaudront sur la loi type. En second lieu, elle donne également préférence aux lois spéciales qui régissent les rapports privés à caractère international. Le titre termine par un article sur la définition des critères déterminant la loi du domicile et de la résidence habituelle, pour les personnes tant physiques que morales.

74. Le titre II (« Étendue et limites de la compétence juridictionnelle caribéenne en matière civile et commerciale ») régit les conditions dans lesquelles des tribunaux d'un État ayant adhéré à la loi type peuvent être saisis et les limites posées à leur compétence au regard d'une série de critères rattachant les rapports privés internationaux et ces tribunaux. Ces critères ont qualité de for de compétence et tiennent compte des intérêts ou des objectifs de politique législative de l'État en question.

²¹³T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, *op. cit.*, p. 48.

Les dispositions régissent le for exclusif en attribuant une compétence exclusive, unique et indérogeable aux juridictions de l'État qui incorpore la loi type sans qu'une autre juridiction ne puisse être saisie du litige : les immeubles se trouvant sur son territoire, les sociétés, les immatriculations réalisées sur les registres de cet État, la propriété intellectuelle, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice sur le territoire de cet État ainsi que les décisions arbitrales rendues à l'étranger, les mesures conservatoires qui sont exécutoires sur son territoire et les questions relatives à la nationalité. En second lieu, il est prévu deux fors généraux de compétence des tribunaux de l'État qui incorpore la loi type, quel que soit le domaine concerné si les règles de compétence attribuent la juridiction à ses tribunaux ou si le domicile du défendeur se situe sur son territoire. En troisième lieu, il est traité des fors spéciaux quant au domaine de compétence. Il s'agit de champs matériels spécifiques qui entrent dans les fors spéciaux et dans ces cas, les juridictions de l'État qui incorpore la loi type ne seront pas compétentes au regard des fors généraux, sauf s'il ne s'agit pas d'un domaine de compétence exclusif. Chacun de ces fors régit une matière particulière ou une institution donnée ou une relation juridique concrète au sein d'une même matière pour laquelle il s'avère impossible que deux fors soient susceptibles d'être compétents.

À cela s'ajoute le « for de nécessité » dans le cas où l'affaire présente un lien avec un État qui incorpore la loi type sans pouvoir l'inclure dans la compétence judiciaire internationale d'un des tribunaux relevant des différents États concernés par cette affaire, ou si la reconnaissance de la décision rendue à l'étranger est rejetée sur le territoire de l'État qui incorpore la loi type. Il est prévu que les juridictions caribéennes pourront s'abstenir de juger, à la demande des parties, ou surseoir à statuer si des motifs apparaissent hors de leur territoire et justifient ce que les Anglo-Saxons dénomment le *forum non conveniens*.

75. Dès lors que les questions relatives à la compétence judiciaire internationale seront élucidées, il conviendra, alors, de s'interroger sur le droit applicable. Ce point est traité dans le titre III qui est organisé en deux chapitres.

Le premier comprend les « règles de conflit de lois », ayant pour objet de fournir une réponse quant au droit applicable en droit international privé pour les personnes, les rapports de famille, la protection des incapables et les pensions alimentaires, les successions et les donations, les obligations contractuelles, les obligations non contractuelles et les biens.

Quant aux choix spéciaux que la loi type propose, il faudra prendre en compte :

i) Que les réponses fournies aux questions sur le droit applicable ne sont pas en contradiction avec les engagements conventionnels de l'État qui incorpore la loi type. Dans ce cas, il conviendra d'utiliser la technique d'incorporation au droit en se référant au contenu matériel de la Convention par effet *erga omnes*.

ii) Que la règle choisie est celle de conflit multilatéral dans sa dimension fonctionnelle, une solution préférable à celle appliquée depuis presque deux siècles et ce jusqu'à une bonne partie du XXe siècle. Cette solution se caractérise par des critères matériels, sur lesquels porte le cas d'espèce, avec des assouplissements, par

des points de connexion successifs ou alternatifs, tout en recherchant la solution la plus juste.

iii) En matière d'obligations contractuelles, il a été choisi de reprendre les réponses apportées par la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux signée au Mexique le 17 mars 1994 et qui est l'un des textes juridiques interaméricains présentant la meilleure précision technique. Entre autres, il s'agit de transférer au juge le pouvoir de déterminer, à défaut de choix des parties, le droit applicable en recherchant au cas par cas le lien étroit que présente le contrat avec tel ou tel ordre juridique.

iv) Si le champ matériel du titre prête une attention toute particulière à la matière civile et commerciale, il s'est avéré opportun de donner une réponse au droit applicable en matière de contrat de travail. En effet, le domaine du droit du travail révèle que le travailleur est la partie faible au contrat de travail et de ce fait requiert une protection particulière.

76. Le deuxième chapitre comprend un bloc normatif portant sur les « règles d'application » qui sont destinées au juge ou à l'autorité nationale chargée de mettre en application les « règles de conflit de lois ». Ce chapitre offre des réponses aux problèmes généraux d'application des règles de conflit et traite de ces règles qui ont, dans le passé, nourri la jurisprudence et la doctrine à cause de l'imperfection de leur énonciation dans les textes antérieurs. La loi type fournit un nouveau modèle de règle de conflit et fait disparaître nombre de problèmes dont nous ne pouvons établir la liste détaillée, par exemple le modèle contenu dans la Convention de la CIDIP sur les règles générales de droit international privé de 1979²¹⁴, qui ne pose pas de problème particulier entre les États caribéens. Cela explique pourquoi ce chapitre est rédigé dans des termes très concis afin de simplifier²¹⁵, par exemple, l'exclusion du renvoi. Toutefois, il convient de prêter attention aux régimes de détermination et d'interprétation de la loi étrangère contenant des règles de droit public ainsi qu'au recours à l'ordre public comme mode de correction fonctionnelle. Et, sans s'en remettre aveuglément à la tradition, il est apparu opportun d'intégrer dans la loi type trois institutions qui, malgré leur formulation dans le passés, continuent d'exister de

²¹⁴Le champ d'application de cette convention établit explicitement la primauté du droit international sur les règles de droit international privé provenant de source interne. Elle se base sur le principe d'application d'office du droit étranger, à l'exception des cas où la loi d'un État partie possède des institutions ou procédures essentielles à sa bonne application et qui ne sont pas prévus par la législation d'un autre État partie. Cette convention reconnaît également que l'interprétation devra se faire dans le respect de l'ordre juridique dont fait partie la loi applicable et non pas des règles d'interprétation propres au juge saisi de l'affaire. Une autre exception du champ d'application est la règle qui établit qu'en cas de fraude à la loi, les États parties ont le droit de refuser d'appliquer le droit d'un autre État partie. La convention dispose que les recours juridictionnels seront déterminés conformément à la loi du for (*lex fori*) et établit une reconnaissance réciproque aux situations juridiques. En dernier lieu, la convention requiert la recherche de la solution la plus juste dans le cas où une même relation juridique est soumise à la réglementation de différentes lois.

²¹⁵K. Siehr, "General Problems of Private International Law in Modern Codification: *De lege lata* and *de lege ferenda*", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 7, 2005, pp. 17-61.

remplir de nos jours un rôle important : l'adaptation, le renvoi à un ordre pluri-législatif et les droits acquis.

77. La troisième interrogation en DIPr porte sur la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes étrangers. C'est l'objet du titre IV qui se réfère aux décisions de justice étrangères et comprend des dispositions complémentaires spécifiques sur la reconnaissance des actes juridiques établis à l'étranger et plus particulièrement sur les actes en matière de juridiction gracieuse, ce à quoi s'ajoute un domaine particulièrement sensible dans la société caribéenne à savoir la reconnaissance des adoptions et les décisions relatives aux liens de filiation paternelle rendus à l'étranger. Enfin, ce titre apporte une réponse nécessaire quant à l'efficacité des actes publics étrangers.

6. Méthodologie de travail et participants

78. La méthodologie qui a été adoptée s'est fondée sur la compilation, l'analyse et la sélection de l'information disponible sur le DIPr des États de la zone concernée à partir d'études par domaines, certaines basées sur un régime national spécifique et d'autres centrées sur le dénominateur commun résultant d'appartenance des États à la même orientation juridique. C'est le cas des territoires qui sont régis par les régimes de droit britannique, français, hollandais et étatsunien. Cette méthodologie a permis de traiter une information à la fois quantitative et qualitative ayant permis de fournir une vision systématique et multidimensionnelle des règles existant dans la zone concernée.

79. Au cours de la première étape, un questionnaire a été réalisé et adressé aux territoires et aux États de la zone OHADAC afin de connaître les solutions concrètes qui sont appliquées en matière de DIPr.

D'une façon générale, il était demandé dans ce questionnaire de faire une brève description de la situation politique, sociale et économique du territoire ou de l'État concerné, puis de répondre aux questions suivantes :

- i) Appartenance du territoire concerné à un système d'intégration économique régional ou à un Traité de libre-échange ;
- ii) Rattachement de l'ordre juridique à une famille spécifique, tant d'un point de vue du droit matériel que de celui du DIPr ;
- iii) Caractéristiques de l'ordre interne de DIPr, à savoir existe-t-il des lois spéciales ou des projets de réforme allant dans ce sens. Les dispositions figurent-elle dans des corpus législatifs différents ? Le code civil est-il la base de l'ordonnement juridique ? Ou enfin les solutions émanent-elles de la propre production créatrice des juges ?

iv) Liste des règles de droit interne qui fournissent une réponse : a) aux questions de la compétence judiciaire internationale, b) aux questions relatives au droit applicable et, c) aux questions de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice.

v) Participation aux traités internationaux de DIPr, date d'incorporation et mention des réserves éventuelles ou des déclarations interprétatives émises : a) Traités multilatéraux (de la Conférence de La Haye de DIPr, de la CNUDCI, d'UNIDROIT, des Conférences spécialisées sur le DIPr, et autres) ; b) Traités bilatéraux : de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale, d'assistance judiciaire en matière civile, de nationalité, d'adoption internationale, de protection des mineurs, et autres. Ce panorama conventionnel permet ensuite de déterminer la portée de la participation des États et des territoires de l'OHADAC dans les traités internationaux de DIPr, tant sur le plan multilatéral, au regard principalement de la CIDIP et de la Conférence de La Haye de DIPr, que sur le plan bilatéral. Cet examen visait deux objectifs essentiels, en premier lieu, il permet d'observer le niveau d'acceptation des règles conventionnelles susceptibles de servir d'inspiration à la rédaction de la loi type. En second lieu, il permet de vérifier les contradictions que ces instruments pourraient susciter dans une réglementation actuelle de DIPr et d'avertir les États destinataires que l'adoption du projet de loi type, en totalité ou partiellement, risquerait de faire renoncer à certaines dispositions.

vi) Position jurisprudentielle ("*les grands arrêts de la jurisprudence en matière de droit international privé*"). Il s'est agi d'obtenir le plus d'informations possible sur les décisions des juridictions des territoires et des États membres concernés en matière de relations de droit international privé. Cette information a été d'une inestimable utilité pour la rédaction du texte de la loi type et pour le choix des solutions concrètes à adopter dans les différents domaines.

Les réponses aux questions devaient être accompagnées d'annexes législatives et jurisprudentielles de l'État ou du territoire concerné.

80. La constitution de cette base légale ou jurisprudentielle pour chaque ordre concerné a permis ensuite d'étudier les réponses aux trois questions fondamentales en la matière qui sont, en premier lieu, les règles de compétence judiciaire internationale, en second lieu, la détermination de la loi applicable et enfin, le régime de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. Cet examen comprenait le DIPr *stricto sensu*, y inclus le droit des personnes, tant physiques que morales, le droit de la famille, le droit des successions, le droit des obligations et des contrats et le régime des droits réels.

Les matières correspondant au droit des négociations internationales, et faisant l'objet d'autres travaux parallèles menés dans le cadre de ce projet OHADAC par les professeurs Sixto Sánchez Lorenzo et Rodolfo Dávalos Fernández ont été exclus de la loi. Ces travaux feront l'objet d'une plus grande considération dans le futur compte tenu de la complexité de la matière.

81. Au cours de cette première étape, l'équipe comptait de nombreuses personnes et couvrait divers territoires caribéens. **Jose Maria del Rio Villo**, **Rhonson Salim** et **James White** ont pris en charge les territoires britanniques d'outre-mer. Après avoir étudié les réponses à l'enquête menée dans ces territoires, ils ont publié un document uniforme intitulé « *Collective Notes on Private International la in Certain Caribbean States* » ; **Lukas Rass–Masson**, chercheur à l'Université Paris II–Assas, a mis en relief dans un autre rapport la vitalité de l'influence hollandaise dans un contexte de diversité de modèle d'émancipation. Enfin, une analyse du professeur de l'Université de Paris II–Assas **Bertrand Ancel** a remarqué la solidité actuelle de la souveraineté française dans l'espace OHADAC et en particulier sur quatre groupes insulaires et un territoire continental, peuplés de plus d'un million cent mille habitants.

De même à partir des résultats du questionnaire mentionné ci-dessus il a pu être menée une étude globale des systèmes nationaux de DIPr sur les règles de DIPr en Colombie, dont se sont chargés **Patricia Orejudo Prieto de los Mozos**, Maître de conférences en DIPr à l'Université de la Complutense de Madrid et **José Luis Marín Fuentes** de l'Université de Medellin. La Professeure **Ana Fernández Pérez** de l'Université de Castille la Mancea a traité les systèmes du Costa Rica et de Porto Rico, ce dernier étant extrêmement intéressant pour deux raisons principales. D'une part, car il se situe à la confluence de deux modèles habituellement opposés (*civil law* et *common law*) et, d'autre part, car il existe une initiative très marquée en vue de le réformer en partant d'un texte dont le rapporteur spécial a été le professeur Symeon C. Symeonides de l'Université de Willamette. Les professeurs **José Carlos Fernández Rozas** et **Rodolfo Dávalos Fernández** ont étudié le système cubain. Les professeurs **José Carlos Fernández Rozas** et **Nathanael Concepción** de la *Fundación Global Democracia y Desarrollo de la República Dominicana*, ont étudié le système en vigueur en République Dominicaine ainsi que le projet de loi de DIPr présentée au Parlement en 2014 et pour lequel les deux sont intervenus comme membres de la commission de rédaction. En Amérique centrale, les règles nicaraguayennes ont été examinées par **Enrique Linares**, chercheur boursier de l'Université de la Complutense de Madrid et les règles honduriennes l'ont été par la professeure **Gaudy Bustillo** de l'Université Nationale Autonome du Honduras. L'étude du système panaméen et le projet de réforme de 2013 a été menée par **Dr. Juan Carlos Aráuz Ramos**, vice-bâtonnier du barreau des avocats de Panama qui a beaucoup pris en compte les apports du Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Panama Gilberto Boutin. L'ambitieux code mexicain de DIPr a été traité par le professeur José Carlos Fernández Rozas en tant que membre de l'Académie Mexicaine de DIPr et de droit comparé. Enfin, le modèle vénézuélien a fait l'objet d'un examen exhaustif par Mme **Claudia Madrid Martínez**, Professeure Associée à l'Université Centrale du Venezuela et à l'Université Catholique Andrés Bello.

82. Après avoir examiné les résultats de l'enquête, le professeur **José Carlos Fernández Rozas** a été désigné comme rapporteur afin d'élaborer un projet préliminaire. Dans ce projet préliminaire il a été déterminé le modèle à suivre dans la perspective de la technique législative à partir du choix d'une loi spéciale. Pour ce faire le rapporteur a suivi de très près le processus mis en œuvre, d'une part, en Europe au regard des expériences autrichienne, turque, suisse, belge, italienne et polonaise, et d'autre part, en Amérique latine en prenant pour référence les processus

suivis avec succès au Venezuela et au Panama et les jalons posés à Porto Rico, en Colombie et en Uruguay et, plus récemment, ceux qui se sont développés au Mexique et en République Dominicaine.

Il a fallu opérer un choix entre adopter une démarche systématique prenant en compte la matière régie ou, au contraire, préférer une structure tripartite au sein de laquelle la détermination de la compétence judiciaire internationale devrait émaner de la solution apportée aux problèmes de droit applicable. Il a finalement été décidé par le rapporteur de répondre aux questions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en optant pour le deuxième choix.

Le projet de la loi type a été exposé par cinq membres de la Commission de rédaction du projet, à savoir : M. **Bertrand Ancel**, Professeur de DIPr de l'Université Paris II-Assas, M. **Pedro A. De Miguel Asensio**, Professeur de DIPr de l'Université de la Complutense de Madrid, M. **Rodolfo Dávalos Fernández**, Professeur à l'Université de La Havane et M. **Santiago Álvarez González**, Professeur de DIPr à l'Université de Saint Jacques de Compostelle. Suite aux larges débats entre la Commission et le rapporteur, ce dernier a intégré les observations qui en ont résulté dans un nouveau texte qui a été de nouveau discuté pour finalement donner lieu à la loi type maintenant mise à discussion.

83. Afin de faciliter les débats sur le texte en question, la commission de rédaction et le rapporteur se sont répartis les articles contenus dans le projet afin d'en effectuer les commentaires opportuns. Dans ces commentaires, le choix opéré pour chacun des articles sera justifié du point de vue de la technique législative et doctrinale, tout en s'appuyant sur des informations fournies dans les questionnaires et en se référant au droit comparé des divers ordres juridiques des États et territoires composant l'OHADAC, le tout étant assorti d'exemples d'application. Pour préparer ces commentaires, la commission de rédaction a obtenu le concours du professeur **Rafael Arenas García**, Professeur de DIPr de l'Université Autonome de Barcelone, et de **M^a Pilar Jiménez Blanco**, Maître de conférence, HDR, de l'Université d'Oviedo.

7. Diffusion publique et débat

84. La présentation de la présente loi type n'est pas une fin en soi. Elle constitue l'achèvement d'un processus dont l'objectif visait à présenter sous la forme d'un code toute une série d'études réalisées par une Commission dans le cadre d'un accord de collaboration avec ACP legal. La diffusion de ces résultats contribuera à la connaissance de la situation actuelle et suscitera un débat sur les stratégies, les instruments et la gestion d'une codification future dans ce domaine.

La loi type présente une grande importance politique ou économique et les règles proposées sont, par nature, complexes et vastes et la participation des opérateurs intéressés (à travers des lobbys ou directement) peut être facilement considérée comme insuffisante ou incomplète. De ce fait, il est important de procéder à une diffusion publique de cet instrument afin de faire connaître ses points de vue et certaines idées qu'il développe. Pour ce faire, il convient de convier tous les

opérateurs ou les personnes intéressées à faire part de leurs impressions, opinions, propositions ou de leurs craintes que la réglementation de cette matière suscite. La délibération qui s'ouvrira après la publication des résultats de cette étape s'avèrera essentielle car elle pourra disposer d'une perspective suffisante sur les opinions et les préoccupations exposées et sera dès lors en mesure d'élaborer une proposition définitive pour ensuite prendre une forme législative.

Le processus de débat public qui sera engagé à la suite de l'adoption du texte constitue, pour les groupes de pression et autres personnes intéressées, une excellente opportunité de faire connaître leurs opinions, de défendre leurs intérêts et finalement d'interférer dans le processus décisionnaire. Pour ce faire, après cette étape de finalisation du présent instrument, s'ouvre une nouvelle phase beaucoup plus importante qui consiste à le mettre à disposition des opérateurs juridiques, des organisations et des particuliers ayant un intérêt, afin de les inviter à prendre part au processus de consultation et de débats dont il ressortira un nouveau texte consolidé. Il s'agit de mettre en place un mécanisme de participation des secteurs concernés afin qu'ils puissent présenter des propositions, formuler leur opinion ou leur désaccord en vue de l'adoption du texte final de la loi type. Un congrès international devrait évaluer les résultats et mettre en place le mécanisme de rédaction définitif.

Il ne faut pas omettre que ceux qui mettent en pratique les règles de DIPr ne sont pas les États mais les personnes : la soumission d'un litige à telle ou telle juridiction nationale ou l'application de tel ou tel droit matériel présente des conséquences qui pèsent directement sur les particuliers concernés et seulement indirectement sur les États.

85. Enfin, il convient d'ajouter qu'au moyen d'un bloc normatif intégré et structuré, l'objectif est de :

i) Apporter en toute cohérence une série d'informations à la fois quantitatives et qualitatives qui permettra d'évaluer les instruments actuels, les possibilités qu'ils offrent et d'apprécier les besoins, ce qui présente un intérêt en vue d'optimiser la codification du DIPr dans un cadre géographique délimité. Pour ce faire, il est fourni un ensemble de ressources et de procédures essentielles permettant d'élaborer un projet de réglementation dont le contenu matériel doit être accessible à tous ceux à qui il est destiné.

ii) Préciser les besoins, à savoir la demande sociale ou institutionnelle, qui doivent être satisfaits par la loi type qui va être exposée, délimiter le domaine régi tout en en appréciant la viabilité juridique et matérielle et fixer la marche à suivre opportune.

Dans cette étape, ce sont les Parlements nationaux, les seuls dépositaires de la souveraineté populaire, qui auront la parole.

COMMENTAIRES DU TEXTE²¹⁶

TITRE I

DISPOSITIONS COMMUNES

Article 1. *Objet de la loi.* 1. La présente loi fixe le régime des relations privées internationales en matière civile et commerciale. Elle régit en particulier :

- i) l'étendue et les limites de la juridiction caribéenne ;**
- ii) la détermination du droit applicable ;**
- iii) la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.**

2. Sont internationales les relations privées qui se relie à plus d'un ordre juridique par leurs éléments constitutifs, correspondant à la personne de leurs sujets, à leur objet ou à leur création.

86. L'article 1^{er} est très classiquement une disposition d'ouverture décrivant l'objet de la loi type et indiquant ainsi son ambition²¹⁷. Sans être démesurée, cette ambition est relativement vaste. Alors que certaines législations contemporaines choisissent de ne traiter que les conflits de lois ou questions de droit applicable – c'est le cas de la loi polonaise du 4 février 2011 ou de la loi néerlandaise du 19 mai 2011 introduisant un livre X dans le code civil des Pays-Bas – et de confier les conflits de juridictions, c'est-à-dire les questions de compétence judiciaire internationale et de circulation internationale des jugements et actes publics, à un texte distinct ou à un code de procédure civile, la loi type se propose d'embrasser conjointement les trois groupes de problèmes que rencontre le développement international d'une relation de droit privé. Le dessein est donc de proposer une codification du droit international privé dans son volet objectif²¹⁸. Inspiré par le souci d'harmoniser le traitement juridique des rapports transfrontières afin de faciliter ceux-ci au sein de la zone Caraïbe, le programme OHADAC ne prévoit pas de mettre en place un droit matériel commun en matière civile et commerciale qui pourrait se distribuer en plusieurs codes (code civil, code de commerce, code de procédure

²¹⁶**Observation générale :** Les termes « Caraïbe » et « caribéens » employés dans la présente loi font référence à l'État et aux relations avec l'État qui décide d'adopter la loi type.

²¹⁷CONC. : art. 1.2 et 2 du code panaméen de DIPr ; art. 1 de la loi suisse LDIP ; art. 1 de la loi italienne de DIPr ; art. 2 du code belge de DIPr ; art. 1 de la loi polonaise de DIPr ; art. 1 du projet bolivien ; art. 1 du projet dominicain ; art. 1 du projet portoricain ; art. 1 du projet argentin ; art. 1 du projet colombien ; art. 2 du projet mexicain ; art. 1 du projet uruguayen.

²¹⁸Établissant le régime international des rapports de droit privé, ce volet objectif s'oppose au volet subjectif qui traite de la condition des personnes, c'est-à-dire de la nationalité et de la condition des étrangers.

civile) entre lesquels pourraient être répartis, comme cela se fait dans divers États, les dispositions relatives aux conflits de lois et aux conflits de juridiction. L'entreprise au temps présent serait téméraire ; avec plus de réalisme et de sagesse, la loi type suppose le maintien, pour un certain temps encore, d'une certaine diversité conservant à chaque ordre juridique son identité et par conséquent ne prétend pas affecter ou modifier les droits internes des États concernés. Pourtant, comme une loi type ne constitue qu'une offre de législation, elle pourra une fois reçue par un État et pour autant que cela y est jugé nécessaire, être désossée et répartie entre les divers monuments législatifs en vigueur dans cet État. Mais ce dépeçage ne saurait être recommandé, car il risquerait en plaçant les règles de droit international privé sous la coupe du droit interne, d'encourager les interprétations divergentes et de compromettre la cohérence de l'ensemble²¹⁹.

87. La composition de cette loi type, sinon sa structure, correspond à celle de la loi italienne n°218 du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé, ou à celle de la loi vénézuélienne de droit international privé du 6 août 1998, ou encore à celle du code belge de droit international privé (Loi du 16 juillet 2004) ; on pourrait aussi évoquer ici le précédent de la loi suisse de droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, mais si le spectre des matières est comparable, l'économie générale du texte est différente et le rapproche plutôt de l'avant-projet de loi de droit international privé de la République Dominicaine de 2013.

La loi type comporte en effet trois titres centraux, entourés par un titre 1^{er} recueillant quelques dispositions communes et par un titre V consacré aux dispositions finales.

88. L'article 1^{er} destine l'ensemble de ces règles aux rapports privés à caractère international et de nature civile et commerciale.

En son paragraphe 2, il donne quelque précision sur l'*internationalité* susceptible de caractériser le rapport de droit privé. Est international le rapport qui par tel ou tel de ses éléments constitutifs est relié à plus d'un ordre juridique. La formule opte de la sorte pour une conception juridique de l'internationalité, ce qui dans un texte de portée aussi générale se justifie par l'insuffisance du critère économique ; fondé sur un mouvement transfrontière de valeurs économiques, celui-ci, d'une part, n'a de légitimité que pour l'application d'un groupe restreint des règles extra-étatiques propres à certains aspects du commerce international se plaçant sous la dénomination de *jus mercatorum* et, d'autre part, il ne vise qu'une fraction limitée de l'ensemble des rapports appréhendés par la loi type qui s'assigne un domaine matériel beaucoup plus vaste. Au demeurant, le critère juridique est celui qui est retenu par la plupart des lois modernes de droit international privé lorsqu'elles jugent utile de définir l'internationalité (*vid.* les projets mexicain, panaméen, uruguayen, les lois vénézuélienne, polonaise, et roumaine).

²¹⁹*Vid. infra* le commentaire sous l'art. 3.2.

Les éléments déterminant le caractère international sont afférents soit à la personne des sujets, soit à l'objet soit encore à la source de la relation ; il s'agira donc tantôt de la nationalité de l'une des parties, ou de son domicile ou de sa résidence habituelle, tantôt du lieu de situation du bien mobilier ou immobilier ou du lieu d'exécution de l'obligation, tantôt enfin du lieu de formation du contrat ou lieu du fait dommageable ou encore de l'autorité intervenant ou étant intervenue dans la création du rapport. Dans la mesure où ils attestent que le rapport privé se développe également dans un ordre juridique distinct de celui où se situe l'interprète, mais aussi bien armé pour résoudre les questions de droit, ces éléments usuellement appelés éléments d'extranéité signalent le risque de « conflit », c'est-à-dire une hésitation née de la concurrence des systèmes juridiques portant soit sur la détermination des tribunaux compétents, soit sur la détermination de la loi applicable, soit encore, le cas échéant, sur l'autorité de la décision prise à l'étranger.

89. Les rapports privés à caractère international auxquels la loi type se consacre relèvent, selon la précision de l'article 1^{er}, de la *matière civile et commerciale*. Cette spécification qui s'articule sur le concept de droit privé est directement empruntée au droit de l'Union européenne²²⁰, dans l'acception qu'elle reçoit de l'interprétation que la Cour de justice fait de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (désormais règlement Bruxelles I) ; elle a pour fonction de délimiter le domaine d'application de ces instruments et en particulier d'éliminer les rapports de droit public. La justification de cet emprunt à cette fin est apportée par la considération suivante : constatant le caractère fluctuant de la distinction entre droit privé et droit public selon les systèmes qui la connaissent et où elle joue un rôle majeur et son caractère un peu énigmatique pour les systèmes qui, sans l'ignorer, ne lui confèrent pas un rôle cardinal, la Cour de justice a entrepris de construire une interprétation autonome qui réponde aux objectifs et au système de la convention dans le cadre des principes généraux que partagent l'ensemble des systèmes nationaux ; or, les États de l'espace OHADAC sont tout autant que l'Union européenne héritiers de traditions diverses à l'intérieur des familles romano-germanique et anglo-américaine et le critère de la matière de droit public fondé par la Cour sur « l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique » a semblé pouvoir constituer une base de départ opératoire, sur laquelle il appartiendra ensuite à l'ensemble des États ayant adopté la loi type de développer de leur côté le concept en fonction des exigences de coopération auxquelles ils auront adhéré.

²²⁰Lequel l'avait sans doute recueillie des conventions de La Haye relatives à la procédure (par exemple: 1^{er} mars 1954 [procédure civile], 15 novembre 1965 [notifications], 18 mars 1970 [obtention des preuves], 1^{er} février 1971 [avec un protocole du même jour : reconnaissance et exécution des jugements] ou 25 octobre 1980 [accès à la justice]), mais lui donne aujourd'hui une portée plus générale, *vid.* Règlement CE n° 595/2008 et Règlement CE n°846/2007.

Article 2. *Matières exclues.* Sont exclus du champ d'application de la présente loi :

- i) les matières fiscale, douanière et administrative ;**
- ii) la sécurité sociale ;**
- iii) l'arbitrage commercial ;**
- iv) la faillite et autres procédures analogues.**

90. L'article 2, dont l'ascendance européenne est évidente²²¹, apporte, comme croit devoir le faire aussi le projet dominicain, quelques précisions complémentaires sur le domaine couvert par la loi type.

91. Ainsi il confirme l'article 1^{er} par l'exclusion des *questions fiscales, douanières et administratives*, qui relèvent de son point de vue du droit public. Il n'est pas inutile en effet d'y insister un peu ; la division droit privé–droit public est historiquement le corollaire de la distinction qui structure l'organisation du pouvoir juridictionnel dans certains États en opposant les tribunaux de l'ordre judiciaire et les tribunaux de l'ordre administratif. Or, la correspondance entre les organes et les matières n'est pas toujours stricte et, par exemple, dans le système français les juridictions de l'ordre judiciaire ont des compétences en matière fiscale ou douanière qui pourraient brouiller les lignes de partage. L'article 2 i) substitue sa propre architecture aux constructions nationales qu'une expérience historique propre a pu rendre parfois un peu baroque²²².

92. Le *contentieux de la protection sociale* est également retranché du domaine de la loi type ; c'est la nature mixte, empreinte à bien des égards de droit public, qui justifie et mesure ici l'exclusion. Échappent à la loi type les rapports entre les institutions de prévoyance et l'une ou l'autre des deux catégories de contributeurs, d'une part, les employeurs ou, d'autre part, les employés ou les ayants droit. De tels rapports s'établissent sur le mode de la sujétion et de l'adhésion forcée plutôt que sur celui de l'égalité et de l'autonomie des intéressés. En revanche, les recours contre les tiers responsables de dommage que peut exercer l'institution qui a indemnisé l'assuré ne sont pas marqués de ce caractère de sujétion et relèvent du domaine de la loi type dès lors qu'ils se conforment au droit commun.

93. L'*arbitrage* est également soustrait au domaine de la loi type. Il suffirait ici de rappeler que l'arbitrage international forme d'ores et déjà la matière d'un réseau assez dense de conventions internationales dont il n'est peut-être pas opportun de

²²¹CE n° 44/2001, art. 1^{er}, § 2 (UE n°1215/2013, art. 1^{er} §2) ; Convention de Lugano du 16 septembre 1988, art. 1^{er} (Convention de Lugano du 30 octobre 2007, art. 1 §2) ; art. 2 du projet dominicain.

²²²CONC. : art. 2 du projet dominicain.

perturber le fonctionnement par l'introduction de normes particulières supplémentaires. Dans le cadre du programme OHADAC, à vrai dire, il est à peine besoin de justifier cette exclusion ; l'arbitrage y est l'objet d'une étude spécifique destinée à préparer un règlement modèle. Néanmoins la loi type comporte quelques rares dispositions destinées à assurer la coordination de la juridiction étatique avec les activités d'arbitrage.

À la différence du projet dominicain, l'exclusion atteint non seulement l'arbitrage commercial international, mais encore l'arbitrage civil ou plus exactement l'arbitrage en tant qu'il porte sur des différends relevant du droit civil. C'est qu'à la vérité sur le plan international le rôle et les caractères de ce mode de règlement des litiges ne varient pas significativement selon qu'il s'agit de vider une querelle entre héritiers par exemple ou selon qu'il s'agit de trancher un différend entre un fournisseur et son client.

94. Enfin, l'article 2 iv) écarte *les procédures d'insolvabilité*, c'est-à-dire les « procédures fondées [...] sur l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur, impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou à tout le moins un contrôle de cette autorité²²³ » ; c'est ainsi que la Cour de justice de la Communauté européenne balisait le champ de l'exclusion prévue par l'article 1^{er}, §27 de la Convention de Bruxelles de 1968, tout en précisant que cette exclusion ne frappe que l'action qui « dérive directement de la faillite et s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure collective²²⁴ ». Il s'ensuit par exemple que la mise en cause des dirigeants de l'entreprise en raison de l'étendue du passif échappe à la loi type tandis que la demande formée contre le débiteur aux fins de paiement de fournitures effectuées pour les besoins de l'exploitation continuée pendant le cours de la procédure d'insolvabilité ne souffre pas de l'exclusion et doit se conformer aux règles de la loi type. Ainsi définie, l'exclusion est justifiée par la nature de la procédure comme par ses modalités qui confient à l'autorité publique un rôle important ; il s'agit d'une procédure de substitution à l'exécution forcée qui, dans l'intérêt collectif de tous les opérateurs d'un marché, tend à l'assainissement des relations commerciales. La faillite n'est pas considérée comme une simple affaire d'intérêt privé.

95. Contrairement au système Bruxelles I, l'article 2 de la loi type n'écarte pas l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et successions, toutes matières qui ressortissent naturellement au domaine d'une loi générale de droit international privé.

Mais il faut aussi souligner que l'exclusion frappant l'objet principal d'un litige peut atteindre les questions touchant à ces matières non exclues lorsque celles-ci y sont soulevées incidemment, comme, à l'inverse, le juge saisi d'un litige portant à

²²³CJCE 22 février 1979, aff. 133/78, *Gourdain c. Nadler*.

²²⁴*Ibid.*

titre principal sur une question non exclue pourra connaître, selon ce qu'autorise sa loi de procédure, des questions incidentes tombant dans le champ de l'exclusion.

Article 3. *Traités internationaux.* 1. Les dispositions de la présente loi s'appliquent dans la mesure où elles s'accordent avec les dispositions des Traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie. En cas de contradiction, les dispositions des traités prévalent.

2. Dans l'interprétation de ces traités, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'exigence de leur interprétation uniforme.

96. Le premier paragraphe de cet article 3 établit ou confirme une hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique de l'État qui adopte la loi type²²⁵. Cette adoption, qui est une démarche normative unilatérale de l'État, ne peut avoir pour effet d'altérer les engagements que celui-ci aurait pris par la voie conventionnelle envers un ou plusieurs autres États d'introduire dans son ordre juridique (et partant d'obliger ses organes internes à appliquer) les normes correspondant aux dispositions du traité. Le §1 ne fait que rappeler une solution de droit constitutionnel très largement reçue, établissant la suprématie des traités internationaux ou plus exactement des normes dont ils commandent l'introduction dans le système interne ; cette suprématie résultant de l'engagement international s'exerce sur les règles unilatéralement adoptées par l'État et relevant de sa législation nationale, même lorsque celles-ci sont empruntées à un instrument d'harmonisation internationale tel qu'une loi type.

97. Le §2 reprend une directive qui figure dans plusieurs traités internationaux multilatéraux et qui est destinée à favoriser l'unité d'interprétation entre les États parties. Cet objectif sera approché par le remplacement de la référence aux principes, catégories et politiques législatives gouvernant le fonctionnement du système de droit interne, variables selon chaque ordre juridique, par une référence commune aux principes et fins arrêtés par l'instrument conventionnel ; c'est ce que vise « la prise en compte du caractère international » des dispositions du traité.

Dans la mesure où les règles issues de la loi type appartiennent, dans l'ordre juridique de l'État qui l'a adoptée, au système juridique national, il peut arriver qu'une même situation soit perçue, quant à sa qualification ou quant aux effets qu'elle produit, de manière différente selon qu'elle est envisagée du point de vue du traité ou du point de vue du système national. Le §2 interdit de résoudre ces

²²⁵CONC. : art. 1.1 code panaméen de DIPr ; art. 1.2 de la LDIP suisse ; art. 2 de la loi italienne de DIPr ; art. 2 du code belge de DIPr ; art. 2557.3 du code roumain de procédure civile ; art. 1 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 4 du traité de La Haye du 11 mai 1951 introduisant une loi uniforme relative au droit international privé pour le Benelux ; art. 7.1 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ; art. 18 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; art. 38 de l'avant-projet de convention de la conférence de La Haye de 1999 sur l'avant-projet de la Convention de la Conférence de La Haye de 1999 sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale ; art. 2 du projet argentin ; art. 3 du projet dominicain ; art. 3, g) et h) du projet mexicain ; art. 1.1 du projet uruguayen.

divergences ou antinomies en faveur des conceptions nationales et, partant, de celles que mettent en œuvre les règles issues de la loi type.

98. Cette solution ne s'impose pas de toute nécessité sur le plan rationnel. Une formule incitant à la coopération entre les États ayant adopté la loi type aurait pu, sans modifier le §1^{er}, énoncer :

Article 3. Traités internationaux. 1. Les dispositions de la présente loi s'appliquent dans la mesure où elles s'accordent avec les dispositions des Traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie. En cas de contradiction, les dispositions des traités prévalent.

2. Dans l'interprétation de ces traités, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'exigence de leur interprétation uniforme.

La directive d'interprétation résultant de cette rédaction est toute différente ; sans doute elle ne modifierait en rien l'exigence d'une référence aux principes et objectifs comme à l'économie du traité lorsqu'il s'agit de l'interprétation de la règle conventionnelle et pas davantage elle ne mettrait en cause la suprématie du droit conventionnel, mais elle détendrait le lien entre les règles issues de la loi type et le système national de droit interne auquel leur adoption les intégrerait spontanément et elle rattacherait l'interprétation de ces règles aux principes et objectifs de la loi type. Cette inflexion pourrait avoir incidemment l'effet de diminuer les risques de discordance avec le droit conventionnel, surtout elle aurait pour vertu première de favoriser l'harmonisation des solutions de droit international privé entre les différents États ayant adopté la loi type ; en quoi, elle garantirait la cohérence de la démarche de ces États.

Mais il ne faut pas dissimuler les difficultés pratiques que rencontrerait l'observation de pareille directive qui passe par une prise en compte de données délicates à définir ; aujourd'hui, ces données semblent, chez les promoteurs de cette directive, devoir se résumer à la jurisprudence de chacun des États ayant adopté et mis en application la loi type ; il conviendrait donc de collecter et de mettre les décisions composant cette jurisprudence à la disposition des tribunaux et des praticiens du « club OHADAC » afin de leur permettre de délibérer et motiver l'interprétation à laquelle ils choisissent de s'arrêter²²⁶.

Article 4. Lois spéciales. Les dispositions de la présente loi s'appliquent sous réserve des lois spéciales réglementant les relations privées internationales. En cas de contradiction, les lois spéciales prévalent.

²²⁶Vid. les développements que consacrent à cette question A. Giardina, "Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno", *Riv. dir. int.*, 1973, p.101 ; S. Bariatti, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986, K. Parrot, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2006, pp. 256 et seq.

99. *Specialia generalibus derogant.* La loi type est une loi générale de droit international privé; dans cette fonction, il lui incombe de fixer les principes de la discipline et de baliser les voies à suivre à défaut de solutions particulières légalement définies²²⁷. Aussi bien, elle n'a d'autre vocation, en présence de lois spéciales réglant tel ou tel problème particulier, que celle d'orienter l'interprétation que rendent parfois nécessaire la variété et la complexité des situations que visent celles-ci ; il n'appartient pas à la loi type d'écarter et remplacer les lois spéciales.

Article 5. Détermination du domicile et de la résidence habituelle. 1. Aux fins de la présente loi, on entend par :

i) domicile : le lieu de la résidence habituelle ;

ii) résidence habituelle :

a) le lieu où la personne physique est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir. Pour déterminer ce lieu, il est tenu compte en particulier de circonstances de nature personnelle, familiale et professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ;

b) le lieu où la société ou la personne morale a son siège social, son administration centrale ou son centre principal d'activité ;

c) le lieu où est situé l'administration d'un trust ou le centre de ses principaux intérêts.

2. Aucune personne physique ne peut avoir deux ou plusieurs domiciles.

100. De manière générale, la loi type se rallie au rattachement par le *domicile*, de préférence à la nationalité et elle s'efforce de préciser ce qu'il convient d'entendre par domicile lorsque ses dispositions utilisent ce critère. Il convient alors de distinguer selon qu'est en cause une personne physique ou une personne morale, ou encore un *trust*²²⁸.

111. S'agissant des *personnes morales*, la loi type retient trois localisations possibles : le lieu du siège social, le lieu de l'administration centrale et le centre d'activité principal. Chacun de ces rattachements apporte son lot de difficultés. Le centre d'activité principal risque d'être mis en échec lorsque la société, par exemple,

²²⁷CONC. : Art. 2 du code belge de DIPr ; art. 2557.3 du code civil roumain ; art. 4 du projet dominicain.

²²⁸CONC. : Art. 20 et 21 de la loi suisse LDIP; art. 4 du code belge de DIPr ; art. 2570 du code civil roumain ; art. 11 à 15 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 1.2 de la loi uniforme Benelux ; art. 6, b) à g) du projet de code argentin de DIPr ; art. 16, 17 et 34 du projet colombien ; art. 5 du projet dominicain ; art. 4 du projet portoricain.

une compagnie aérienne issue de la fusion de deux sociétés opérant à partir de pays différents, continue d'exercer en ceux-ci ses activités à parts sensiblement égales, ou lorsque la société développe des activités d'exploitation, de fabrication, de transformation et de distribution dans des pays différents, etc. Le lieu de l'administration centrale peut être celui où est implantée la direction générale opérationnelle ou bien celui où se réunissent les organes de direction et de contrôle de la société. Le siège social qui vient en tête de la liste est exposé traditionnellement à se dédoubler en siège social statutaire et siège social réel et, au contraire de l'article 60, §1 du règlement Bruxelles I dont il s'inspire, l'article 5 ne tranche pas cette hésitation. Une interprétation concevable qui permettrait néanmoins de se soustraire au dilemme du siège social statutaire et du siège social réel, consisterait à réputer ce dernier au lieu de l'administration centrale et à considérer que, sous la dénomination de siège social, la *littera b*) ne vise que celui qui est mentionné dans les statuts, lequel se situe généralement sur le territoire de l'État dans lequel la personne morale a été constituée et enregistrée.

112. Même avec ces incertitudes, la triade des localisations ne soulèvera pas de difficulté insurmontable lorsque le domicile est utilisé aux fins de déterminer la compétence judiciaire : elle offre une option au demandeur à qui il incombera, en cas de contestation, de persuader le tribunal que son choix correspond effectivement à l'un ou à l'autre des rattachements énumérés ; le système se caractérise alors par une grande souplesse qui sera appréciée du demandeur en contrepartie du risque non négligeable d'encourager les exceptions d'incompétence (soulevées peut-être à fin dissuasive ou dilatoire) et de favoriser les procédures parallèles (conflits auxquels peut apporter remède l'**article 20**).

Les problèmes seraient sans doute plus aigus si le domicile de la personne morale ainsi entendu avait vocation à déterminer la loi applicable aux sociétés ; son caractère « flottant » se répercuterait sur la désignation de la loi applicable et affecterait d'instabilité le régime juridique de la société. L'**article 27** de la loi type préfère retenir un rattachement, qui peut paraître cumulatif, par le lieu de constitution et le lieu de situation du siège social, mais qui le plus souvent correspond au lieu de situation du siège statutaire.

Ainsi limité aux conflits de juridiction, le rattachement alternatif par le siège social, le lieu de l'administration centrale et le centre d'activité principal, d'un côté, met à la disposition de l'État un chef de compétence exclusive de l'**article 9** susceptible d'appréhender assez largement les contentieux concernant les sociétés qui s'intègrent de manière significative à son espace économique et, d'un autre côté, il porte à tempérer la rigueur avec laquelle sera appréciée la légitimité de la compétence des tribunaux étrangers dont les décisions seront soumises à reconnaissance ou exécution.

113. S'agissant des *trusts*, que la loi type entend ne pas négliger puisqu'un certain nombre de systèmes juridiques de l'espace OHADAC connaissent cette institution et entendent en favoriser l'utilisation, l'article 5 §1, ii) *litt. c*, propose deux critères d'identification du domicile : le lieu où est située l'administration du *trust*, le centre de ses intérêts principaux.

C'est évidemment dans les territoires composant l'héritage britannique et entrés dans l'orbite du *common law* que le *trust* est diffusé. Mais, en raison de la concurrence entre systèmes juridiques, l'institution s'y est quelque peu écartée du modèle anglais et se rapproche du modèle du « *trust* international²²⁹ » jugé plus attractif et sans doute plus accessible aux éventuels constituants de culture civiliste ; ce modèle de « *trust* international » est celui que la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance a construit dans ses articles 2 et 3²³⁰ pour assurer l'accueil des *trusts* volontaires dans les pays de tradition romano-germanique. Quoique cette convention ne se préoccupe pas du domicile du *trust*, elle fournit indirectement une directive de localisation par la voie des règles de conflit de lois (articles 6 et 7) qui mettent en œuvre le principe d'autonomie et subsidiairement des liens les plus étroits ou de proximité pour déterminer la loi applicable, à l'observation de laquelle est subordonnée la reconnaissance (article 11). Dans cette perspective, il conviendrait de se référer par priorité à la loi choisie par le constituant et ensuite, à défaut de choix, de tenir compte de divers éléments tels que le lieu d'administration du *trust* désigné par le constituant, de la situation des biens du *trust*, de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*, des objectifs du *trust* et des lieux où ceux-ci doivent être accomplis. Cependant la *littera c*) du §1 de l'article 5 n'élève pas au premier rang la volonté du constituant qu'elle ne mentionne pas explicitement, même si elle n'exclut pas l'action de cette volonté dans la détermination du domicile.

114. Avec la loi type, le domicile a théoriquement vocation à intervenir dans le domaine du conflit de juridictions comme dans celui du conflit de lois. Cependant aucune disposition spéciale tendant à la détermination de la loi applicable au *trust* n'a été introduite qui puisse soustraire le régime international de celui-ci aux solutions de conflit du **titre III, chapitre 1^{er}**, à moins que ces dernières ne soient supplantées par celles de la Convention de La Haye. En revanche, il a paru qu'il serait dangereux pour le demandeur contestant le *trust*, dans son existence ou dans son fonctionnement, de laisser à la seule discrétion du constituant le choix de la

²²⁹Selon M. Lupoi, *Trusts*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 257 *et seq.*, Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Bermudes, Îles Vierges britanniques, Îles Caïmans, Niéviès, Saint-Vincent, Turques et Caïques se sont ralliées à ce modèle ; *vid.* aussi code belge, art. 122 et livre 10 du code néerlandais, art. 142.

²³⁰Art. 2 : « Aux fins de la présente Convention, le terme « *trust* » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le *trust* présente les caractéristiques suivantes :

a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ;
b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* ;

c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un *trust*. »

Art. 3 : « La Convention ne s'applique qu'aux *trusts* créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit. »

juridiction exclusivement compétente aux termes de l'**article 10**. Par exemple, le contentieux des rapports internes d'un *trust* qui développerait ses activités à partir des Îles Cook pourrait relever de la compétence exclusive des tribunaux de Niévès (ou de Saint-Vincent ou de Porto Rico ou même de la République Dominicaine) parce qu'ainsi le prévoirait une simple stipulation du constituant, dont l'objet manifeste serait d'éloigner de quelques milliers de kilomètres le demandeur du juge compétent²³¹. Aussi bien l'article 5, §1 *litt. c*) fait reposer le domicile sur deux éléments plus objectifs, qui condensent l'énumération, non limitative, de l'article 7 de la Convention tout en restant perméables à l'influence de la volonté du constituant : le lieu de l'administration du *trust*, le centre de ses intérêts principaux. Le premier se fonde sur l'universalité que forment les biens constitués en *trusts*, réunis en une « masse distincte...du patrimoine du *trustee* » qui implique une administration autonome à laquelle est associée une responsabilité patrimoniale propre ; c'est au lieu où le *trustee* exerce ses pouvoirs et assume ses responsabilités que se situerait le domicile du *trust* – que la fixation de celui-ci procède de la volonté du *settlor* ou qu'elle soit laissée à l'initiative du seul *trustee*. Le second élément se fonde sur les finalités répondant à la volonté qui a déterminé le constituant à créer le *trust* ; il dirige vers le lieu où principalement celles-ci sont poursuivies – qu'il s'agisse de celui de la situation des avoirs dont le rendement est affecté au bénéficiaire ou qu'il s'agisse de celui où les charges s'exécutent.

Chacun assurant l'insertion du *trust* dans un milieu socio-économique, ces deux éléments ne convergeront pourtant pas nécessairement. Comme dans le cas du domicile des personnes morales (*vid. supra*), il appartiendra au juge dont la compétence serait l'objet d'une contestation d'exiger du demandeur qui a choisi de le saisir de justifier que pareil choix correspond à l'un ou à l'autre élément.

115. S'agissant enfin du domicile des *personnes physiques*, l'article 5, ii, a) choisit de le réduire à la résidence habituelle, laquelle offre un rattachement qui connaît un certain succès ou, du moins, une certaine diffusion dans les législations et dans les instruments internationaux contemporains.

Il est vrai que, de son côté, le domicile est dans la tradition romano-germanique une notion un peu déroutante²³² ; elle fait l'objet d'une définition dogmatique joignant principal établissement et *animus manendi* alors qu'elle est l'exemple même de la notion fonctionnelle. Ne serait-ce que par les facilités d'interprétation qu'ouvre la composante subjective, la relation au territoire a une signification fluctuant selon

²³¹La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, telle qu'amendée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, avait fait un choix différent, entériné par les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis : licéité de la prorogation volontaire de compétence (art. 23, §§4 et 5 de Bruxelles I) en l'absence de compétence exclusive (art. 22) des tribunaux du domicile du *trust*, lequel est déterminé (art. 60, §3) par les règles de droit international privé de l'État membre dont le juge est saisi. Ces solutions n'intéressent évidemment que le conflit de juridictions et leur libéralisme peut se justifier par le fait qu'elles interviennent dans le cadre du club de l'Union européenne et non pas à l'échelle internationale.

²³²Elle peut sembler plus déroutante encore dans l'acception du *Common Law* où elle recouvre une *origo* exposée à être éclipsée par un *domicilium* ou même plusieurs *domicilia* successifs et à réapparaître lorsque ceux-ci sont abandonnés.

les domaines où elle est sollicitée. Levasseur avait montré que le domicile dépendait de la loi applicable à l'institution au fonctionnement de laquelle il contribuait²³³, ce qui soulignait le caractère protéiforme de la notion, fréquemment opposé à la certitude et la stabilité de la nationalité.

Précisément pour combattre l'instabilité, le code belge de 2004 fixe, pour les besoins du droit international privé, le domicile de la personne physique au lieu de son inscription sur le registre de la population. Mais évidemment il n'envisage alors que le domicile en Belgique où il existe un tel registre et il ne prétend pas universaliser ce domicile sur le plan international, ni totalement assurer la sincérité des déclarations ; au surplus, dans bon nombre de ses dispositions et pas seulement dans le domaine du droit des personnes et de la famille, il préfère le rattachement par la résidence habituelle.

La loi type opte pour une autre solution et, franchissant le pas, elle se concentre sur l'élément objectif en assimilant ainsi domicile et résidence habituelle (*vid.* Convention interaméricaine de 1979, article 2. 1, Loi vénézuélienne, article 11). C'est, en rejoignant un courant dominant dans le droit international privé comparé, renforcer la position du domicile dans son affrontement avec la nationalité. Mais ce coup de pouce, parfaitement opportun, au regard de la situation démographique de la zone OHADAC, ne s'accompagne que d'une demi-définition de la résidence habituelle. Du moins la *litt. a)* balise-t-elle la démarche qui devrait permettre d'identifier le lieu de la résidence habituelle de la personne physique. Elle commence par dénier toute portée à cet égard au formalisme de l'inscription sur un registre de population (*vid.* code civil roumain, article 2570, §1) et même à la détention ou non d'un titre de séjour, pour ne retenir qu'une conception factuelle : le lieu où la personne physique est établie à titre principal ; c'est modaliser l'étymologie (visant le lieu où, de façon itérative [: *re*], l'individu siège ou se repose [: *sedere*]) en insistant sur le caractère usuel et réglé du comportement et en évitant toute référence à l'élément intentionnel. Le texte poursuit en fournissant un certain nombre d'indices propres à démontrer une insertion ou un établissement de l'individu dans le milieu social local, résultant de la participation à un réseau de rapports personnels, familiaux et professionnels (*vid.* code civil roumain, article 2570, §2), ce qui suppose une présence durable, une sédentarisation. Imposant la marche à suivre, la *litt. a)* permet d'aboutir à un rattachement relativement stable et naturellement flexible dans la mesure où l'interprète est conduit à une appréciation cas par cas de divers facteurs dont les poids respectifs ne sont pas prédéterminés ; il est clair que les liens personnels et familiaux auront une valeur plus forte que le facteur professionnel lorsqu'il s'agira de définir le domicile d'un enfant mineur ou d'une épouse « au foyer », tandis qu'au contraire l'exercice par un médecin célibataire de son art de l'autre côté de la frontière où il a son cabinet, pourrait avoir un poids déterminant...

²³³G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, Paris, Rousseau & cie, éditeurs, 1931.

TITRE II
ÉTENDUE ET LIMITE DE LA JURIDICTION CARIBÉENNE
EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

Chapitre I
Domaine de la juridiction caribéenne

Article 6. *Domaine général de la juridiction.* 1. Les tribunaux caribéens ont juridiction sur les procédures engagées en territoire caribéen entre Caribéens, entre étrangers et entre Caribéens et étrangers selon ce qui est établi par la présente loi et par les Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Les étrangers ont accès aux tribunaux caribéens de la même manière que les nationaux et jouissent du droit à une protection juridictionnelle effective. Nul dépôt, ni caution, quelle qu'en soit la dénomination, ne pourra être exigé du demandeur ou de l'intervenant que ce soit en raison de sa qualité d'étranger ou que ce soit en raison de son défaut de domicile ou de résidence sur le territoire.

3. Les accords d'élection de for sont licites lorsque le litige revêt un caractère international. Un litige revêt un caractère international lorsqu'il comporte un élément d'extranéité correspondant à ceux visés à l'article 1er §2.

116. L'article 6 inaugure le titre II de la loi type en ouvrant un chapitre premier consacré à l'étendue de la juridiction de l'État de la Caraïbe²³⁴. Le terme *juridiction* désigne cette prérogative régaliennne qui habilite l'État ou ses organes à trancher les litiges et, en l'occurrence, à trancher les litiges en matière civile et commerciale comme le titre l'indique. Il s'agit du pouvoir de juger. C'est ce que confirme le §3 lorsqu'il admet la licéité des clauses d'élection de for pour les litiges présentant un caractère international ; cette licéité, selon le cas, soit rapproche la frontière que ne peut pas franchir le pouvoir de juger des tribunaux caribéens et efface ainsi la compétence de ceux-ci, soit au contraire éloigne cette frontière et augmente la compétence de ceux-ci.

²³⁴CONC. : art. 4 et 21 LOPJ (Espagne) ; art. 3 y 4 de la loi italienne de DIPr ; art. 39 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 15 de la loi panaméenne de DIPr ; art. 251 du code nicaraguayen de procédure civile ; art. 6 du projet dominicain ; art. 145 *et seq.* du projet mexicain ; art. 7 du projet colombien.

Ainsi susceptible d'être déplacée par les clauses attributives de juridiction, cette frontière est en principe tracée par le §1 qui procède à une double détermination, *ratione personae* et *ratione loci*, du pouvoir de juger.

117. Les juges caribéens sont habilités à exercer le pouvoir de juger à l'égard de toute personne, de nationalité caribéenne ou non. Est ainsi réglée une question de condition des étrangers, à la solution de laquelle le §2 apportera ensuite quelques précisions complémentaires. En neutralisant l'opposition du citoyen et de l'étranger, le texte fonde d'abord une juridiction universelle quant aux personnes.

118. Mais cette juridiction est resserrée dans l'espace : le litige à trancher doit « survenir en territoire caribéen ». La solution est réaliste. Le territoire est précisément l'espace dans lequel l'autorité étatique dispose du monopole de l'exécution forcée. Contre la renonciation à la justice privée et à l'usage individuel de la force brute, l'État moderne s'est engagé à assurer une justice publique et à en garantir la réalisation, au besoin, par la contrainte organisée ; ainsi, parmi les prérogatives régaliennes, pouvoir de juger et pouvoir de contraindre sont associés l'un à l'autre. En somme, en exigeant un rattachement territorial, l'article 6 indique que, sauf élection de for, un procès échappe à la juridiction caribéenne lorsque, par aucun de ses éléments, le rapport litigieux ne se localise sur le territoire caribéen, parce qu'alors non seulement la querelle ne trouble pas le cours de la vie sociale caribéenne, mais encore la décision qui serait prononcée ne pourrait bénéficier de l'action des organes d'exécution caribéens.

119. Cependant ce n'est pas parce qu'un litige survient sur le territoire qu'il sera nécessairement tranché par les tribunaux caribéens. En définissant le champ de la juridiction, le rattachement territorial permet de porter devant les juges caribéens tout autant les litiges internes que les litiges internationaux. Les premiers ne sont exposés à aucune juridiction concurrente et doivent être tranchés par les tribunaux caribéens. En revanche, les seconds naissent de situations qui, par hypothèse, se développent au contact de plusieurs ordres juridiques, chacun doté d'un appareil judicairo-coercitif susceptible de les résoudre ; par conséquent, ces litiges internationaux sont exposés à une concurrence des juridictions qui place la Caraïbe en position de déterminer la part du contentieux international qu'elle juge opportun de confier à ses propres tribunaux et la part qu'elle peut laisser aux juridictions étrangères sans compromettre les intérêts des plaideurs ni la paix civile dans la vie sociale qu'elle contrôle. Aussi bien, le §1^{er} avertit que la juridiction dont l'exercice est dévolu aux tribunaux caribéens se déploiera selon le système de compétence internationale « établi par la présente loi et les traités et accords internationaux auxquels la Caraïbe est partie ». Il s'ensuit qu'en pratique un litige international présentant un lien territorial avec la Caraïbe ne sera (réserve faite de l'élection de for) pris en charge par la juridiction caribéenne que s'il vérifie un chef de compétence d'origine légale ou conventionnelle.

120. La juridiction universelle est ainsi réduite par le double emboîtement qu'opèrent le rattachement territorial et le système de compétence internationale. Le

§2 garantit qu'aucune restriction ne sera opposable aux plaideurs en raison de leur qualité d'étrangers ; les plaideurs qui n'ont pas la nationalité caribéenne auront accès à la juridiction caribéenne dans les mêmes conditions que les citoyens caribéens et jouiront donc sur un pied d'égalité du droit à une protection juridictionnelle effective. L'égalité de traitement entre national et étranger condamne évidemment l'antique *cautio judicatum solvi* qui dans certains États a pu être, sous une forme ou sous une autre, exigée des seuls étrangers, soupçonnés en tant que tels d'être enclins à exercer des actions en justice téméraires et à se dérober ensuite à la charge de frais et dépens en se retirant dans leur pays²³⁵ ; à l'époque de la mondialisation cette représentation du plaideur étranger est pour le moins anachronique. Pour souligner la valeur attachée à cette égalité de traitement et placer celle-ci sous l'égide du principe de non discrimination, réaffirmé par les conventions relatives aux droits de l'homme, sont aussi mentionnées les personnes qui n'auraient pas de domicile ou de résidence dans la Caraïbe ; pas plus que les étrangers, celles-ci ne doivent être entravées dans leur accès à la justice.

Le §2 ne précise pas si cette identité de condition implique que chaque plaideur, fût-il étranger, non domicilié, ni résident, a en cas d'impécuniosité vocation au recours d'une « aide juridictionnelle ». Il se concevrait que la solidarité nationale ne soutienne que les plaideurs résidents ou domiciliés sur le territoire dans la mesure où seuls ceux-ci contribuent à la prospérité nationale et au financement des services publics. Le silence du texte sur ce point particulier laisse au droit de chaque État adoptant la loi type le choix des conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle dans les limites tracées par le principe de non discrimination et le droit à la protection juridictionnelle effective.

121. Le §3 impose à la juridiction universelle ainsi circonscrite, une limitation supplémentaire et occasionnelle, résultant de la volonté privée. Il admet en effet la licéité des clauses d'élection de for visant les litiges présentant un caractère international²³⁶. Ce faisant, il ne distingue pas selon que la clause, en désignant un tribunal étranger, réduit la juridiction caribéenne ou selon qu'en désignant un tribunal caribéen, elle étend cette juridiction. Néanmoins, il ne s'ensuit pas que la loi type élève les choix de volonté privée ou l'autonomie des particuliers au rang de principe et ramène à un rang subsidiaire les chefs de compétence que la présente loi ou le droit conventionnel énoncent. L'**article 10** montrera, par exemple, que bien qu'issues de la loi, les compétences exclusives de l'**article 9** ou les compétences en matière de droit de la personne et de la famille de l'**article 13**, tiennent en échec les clauses attributives de juridiction. En d'autres termes, l'autonomie des particuliers n'est consacrée que lorsque le litige porte sur un rapport relevant d'une matière où la composition des intérêts privés n'est pas placée sous le contrôle de la *publica utilitas*, sous le contrôle de l'intérêt public. À chacun son domaine. L'autonomie des

²³⁵Vid. sur cette institution, M. Philonenko, "La caution 'judicatum solvi'", *Journ. dr. int.*, 1929, pp. 609 et 896 ; sur son élimination en droit français, G. Droz, "La sentinelle perdue ou la disparition subreptice de la caution *judicatum solvi*", *Rec.gén.lois*, 1973, p. 281.

²³⁶Vid. C.A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, Paris, LGDJ, 2011.

parties ne s'impose que lorsqu'elle s'exprime dans les domaines où celles-ci ont la libre disposition de leurs intérêts.

122. Le §3 ne mentionne pas cette restriction ; il reste sur un plan général. Il n'indique pas davantage les conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'accord d'élection de for ; celles qui sont propres aux clauses de juridiction figurent aux **articles 10 et 12** alors que les autres relèvent du droit commun des conventions. En revanche le §3 marque clairement que la licéité qu'il proclame ne concerne que les stipulations visant un litige présentant un *caractère international*. Et l'importance de cette précision est soulignée avec un peu d'insistance par un renvoi à la définition de l'internationalité de **article 1^{er}, §2²³⁷** à laquelle il convient donc de se reporter. La loi type se garde évidemment de prononcer sur la licéité ou l'illicéité, absolue ou relative, des prorogations volontaires de for en droit interne ; cette question relève du droit judiciaire privé de chaque État et elle se pose dans le cadre d'une organisation judiciaire homogène et non pas dans une hypothèse de pluralité d'ordres juridictionnels. La clause de juridiction visant des litiges à caractère international tend spécialement à prévenir les inconvénients de cette pluralité et de la diversité des offres de justice qui en résultent – au premier rang desquels se place le risque, dévastateur, de procurer à la partie la plus rapide le choix du juge qui lui est le plus commode sur le plan procédural et le plus favorable sur plan substantiel. Il s'agit bien là de dangers spécifiques aux relations privées internationales telles que définies à l'**article 1^{er}, §1**.

123. Ainsi, l'article 6 met en place pour le traitement des litiges à caractère international un système reconnaissant à la Caraïbe une juridiction universelle et non discriminante quant aux personnes, que circonscrit l'exigence d'un lien territorial et qui s'exerce selon les règles légales et conventionnelles de compétence internationale, sous réserve d'accords d'élection de for dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs intérêts. Les deux dispositions suivantes apportent à la juridiction caribéenne d'autres limitations qui sont d'origine différente.

Article 7. Immunité de juridiction. 1. Conformément aux règles du droit international, l'immunité de juridiction de l'État étranger et de ses organes fait exception à la juridiction caribéenne. En matière civile et commerciale les tribunaux caribéens définissent de manière restrictive le champ de cette immunité en n'y comprenant exclusivement que les litiges portant sur des actes impliquant l'exercice de la puissance publique (actes *jure imperii*).

²³⁷« 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. »

2. L'immunité de juridiction en matière civile et commerciale des agents diplomatiques accrédités auprès de la Caraïbe est définie par les Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

3. L'immunité de juridiction en matière civile et commerciale des Organisations internationales dont est membre la Caraïbe est définie par leurs traités constitutifs. Les agents de ces organisations bénéficient de l'immunité dans les termes fixés par ces traités.

124. La juridiction caribéenne peut être neutralisée par la mise en jeu de l'immunité de juridiction²³⁸. À la différence des limitations prévues par les dispositions de l'**article 6** qui pourraient être qualifiées d'intrinsèques parce qu'elles procèdent de la structuration même de la juridiction caribéenne, le retranchement opéré par l'immunité agit de l'extérieur et élève ainsi un obstacle extrinsèque et c'est ce caractère qui explique sans doute que celui-ci est rarement mentionné dans les lois dédiées au droit international privé ou au droit judiciaire international. Cet obstacle est dû au droit des relations entre États, au droit international public, sans lien particulier avec les exigences de la justice procédurale qui configurent le pouvoir de juger²³⁹.

125. C'est en effet fondamentalement la notion de *souveraineté* étatique qui justifie l'immunité juridictionnelle²⁴⁰. Dans la mesure où il reconnaît la souveraineté des autres États, un État souverain choisit de les tenir pour ses pairs : la dispersion de la souveraineté débouche sur l'égalité et celle-ci s'oppose à ce qu'un État souverain soit assujéti au pouvoir d'un autre, quand bien même celui-là serait entré dans une situation dont celui-ci admet ou prescrit, lorsque considérée objectivement, qu'elle soit soumise à ses tribunaux – par exemple, dans la situation du locataire d'un appartement situé sur le territoire et dont le loyer n'aurait pas été versé au propriétaire. L'égalité incite aussi à la courtoisie, à la *comitas* ou *comity of nations*, qui serait méconnue si un État laissait se développer devant ses tribunaux des procédures dirigées contre un autre État et susceptibles de restreindre d'une manière ou de l'autre la liberté et l'indépendance de ce dernier dans la poursuite de ses missions de puissance publique.

²³⁸CONC. : Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques ; Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations diplomatiques ; Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ; *Foreign Sovereign Immunities Act*, 21 octobre 1976 (États-Unis) ; *State Immunity Act*, 20 juillet 1978 (Royaume-Uni) ; *Foreign Sovereign Immunities Act*, 6 octobre 1981 (République sud-africaine) ; *Foreign Sovereign Immunities Act*, 16 décembre 1985 (Autriche) ; art. 7 du projet de loi dominicain de DIPr ; art. 15 projet de loi panaméen de DIPr.

²³⁹*Vid. infra*, commentaire à l'**art. 77**.

²⁴⁰*Vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, "El estatuto internacional del Estado: La inmunidad soberana del Estado extranjero (Jurisdicción y ejecución)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. XI, pp. 91-223 ; H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford UP, 2002.

L'immunité est ainsi d'abord accordée aux États et aux entités publiques par l'intermédiaire desquelles ils agissent ; elle est aussi accordée aux personnes physiques qui sont chargées de les représenter auprès de leurs pairs. Enfin, pour des raisons d'efficacité et d'indépendance dans la poursuite de leurs missions dans le pays hôte, elle est concédée aux organisations internationales.

126. Le premier soin du § 1^{er} de l'article 7 est de rappeler à la juridiction caribéenne cette limitation imposée en faveur des États étrangers. Mais cette disposition s'est trouvée ensuite dans la nécessité d'énoncer une directive d'interprétation en raison de ce que nombre d'États contemporains s'adonnent à des activités qui ne ressortissent pas à l'exercice des prérogatives de souveraineté, tandis que d'autres utilisent les voies du droit civil ou du droit commercial pour accomplir leurs missions de puissance publique.

127. D'entrée de jeu, le principe de l'immunité de juridiction est rattaché aux règles du droit international public ; la contrepartie de ce rattachement est que l'action du principe sur le fonctionnement des tribunaux est purement incidente et constitue dès lors, au regard du droit judiciaire privé dont ce fonctionnement relève, une exception. Comme telle, cette exception doit être interprétée strictement. La mention, à côté des États, de leurs organes ne contredit pas cette règle, puisqu'en réalité elle se borne à donner au principe son développement naturel : l'État ne peut agir que par le relais de ses organes (départements ministériels, agences) et c'est l'action de ceux-ci qui pourrait être perturbée par des procédures les éloignant du souci des intérêts de souveraineté dont ils ont la charge. Au demeurant, traditionnellement ces organes ne jouissent pas d'une réelle autonomie de gestion et n'ont pas d'autre personnalité juridique que celle de l'État dont ils sont les instruments ; ils sont donc indissociables de l'État qui les manœuvre, ce dont prend acte la formule de l'article 7.

128. Le caractère d'exception (qui sur le plan technique ne prend pas la forme d'une simple exception de procédure, mais celle plus radicale d'une fin de non recevoir) est souligné par la seconde phrase du même paragraphe ; celle-ci s'adresse littéralement aux tribunaux caribéens, mais doit être entendue de tout interprète comme des États eux-mêmes²⁴¹ et de leurs partenaires privés, pour exclure toute possibilité d'extension du domaine de la protection assurée par l'immunité au delà des différends nés des actes impliquant l'exercice de la puissance publique ou accomplis dans l'intérêt d'un service public. Par ces termes la loi type ajuste le champ de l'immunité au fondement qui lui est reconnu, en un temps où les États ont considérablement développé et varié leurs activités, débordant fréquemment le simple exercice des prérogatives de souveraineté, et diversifié leurs modes d'action,

²⁴¹Le § 1^{er} n'a pas jugé utile de mentionner les démembrements ou composantes de l'État souverain, sujet du droit international : c'est que ceux-ci ne peuvent revendiquer le bénéfice du privilège dénégatoire de juridiction que dans la mesure où ils sont habilités à exercer sur le plan international les prérogatives appartenant à l'État souverain lui-même. L'immunité opposée est alors celle de l'État souverain.

puissant largement dans l'arsenal des moyens du droit privé ou plus généralement du droit commun. L'orientation dominante actuelle du droit international public, telle qu'elle ressort par exemple de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004, consiste à rechercher les critères de délimitation dans la nature de l'acte à l'origine du litige, spécialement dans la nature de « transaction commerciale²⁴² » et, devant la résistance que ce concept oppose à la qualification des situations pratiques, à décliner une série de schémas d'opérations typiques de la figure (article 2, 1, c de ladite convention) ainsi réputés ne pas mettre en cause la souveraineté de l'État partie²⁴³. Cette approche objective n'est cependant pas universellement acceptée et divers États (Chine, France, Japon, etc.) n'hésitent pas à interroger, au delà de la nature de l'acte, le but dans lequel celui-ci est accompli – ce que n'exclut d'ailleurs pas radicalement la convention de 2004 (article 2, 2). La loi type incline vers cette seconde conception. Elle se réfère d'abord à la non-implication de la puissance publique, c'est-à-dire au non-exercice de ces prérogatives de souveraineté que signalent en général des clauses exorbitantes du droit commun que seule l'autorité publique peut imposer à un cocontractant ; c'est dire qu'en règle générale l'immunité sera refusée si l'État a agi dans les formes du droit privé. Toutefois, la loi type prévoit une réserve en introduisant ensuite, sur le mode alternatif et complémentaire, un second critère qui permet de rattraper les actes accomplis par l'État ou ses organes dans l'intérêt du service public, seraient-ils dépourvus de clauses exorbitantes²⁴⁴. Corrélativement, face à la tendance des États à recourir à des entités (entreprises publiques) ou à des émanations dont les structures relèvent parfois du droit privé (sociétés anonymes ou autres), ce critère alternatif et finaliste couvrira les litiges issus d'opérations qui sont passées dans les formes du droit privé mais qui sont destinées à s'intégrer dans les missions incombant à la puissance publique et qui, par conséquent s'inscrivent, par personne interposée, dans le champ d'exercice de la souveraineté étatique.

129. La combinaison de ces deux critères trace le périmètre de l'immunité, mais la relative souplesse de ceux-ci appelle la directive d'interprétation stricte, voire restrictive, qu'énonce la deuxième phrase de l'article 7, §1, car une pratique relâchée de la fin de non recevoir risque de préjudicier gravement au droit à la protection juridictionnelle effective de la personne privée à qui l'immunité est opposée. Plus encore que le caractère exceptionnel du privilège de souveraineté, c'est son éventuel conflit avec ce principe fondamental consacré à l'**article 6** qui conduit la loi type à prescrire aux juges caribéens de s'interdire, en dépit de toute appréciation d'ordre politique, une quelconque complaisance ou déférence excessive envers la souveraineté étrangère ou envers ceux qui agissent pour son compte.

130. L'immunité des personnels diplomatiques fait l'objet d'un paragraphe spécifique de l'article 7. La loi type sur ce point ne prétend nullement innover, ni

²⁴²Comp. *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976 (États-Unis).

²⁴³Comp. *State Immunity Act* 1978 (s.3, ss.3).

²⁴⁴*Vid.* la position analogue du droit français, Cass. 1^{ère} ch. civ., 22 juin 1969, *Société Levant Express*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1970, p. 102, note P. Bourel, *Grands arrêts*, n°47.

même infléchir les positions prises par chaque État qui l'adopterait ; elle se borne à rappeler sur ce point particulier la primauté des traités et accords internationaux. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques qui vient ici immédiatement à l'esprit, d'autant plus que ce traité qui codifie la pratique usuelle des États doit lier à peu près tous les territoires OHADAC, soit par le jeu des adhésions soit par celui de la succession d'État. Néanmoins s'il se trouvait qu'un État de la zone caraïbe non lié par ce traité adopte la loi type, celle-ci ne porte pas atteinte aux accords bilatéraux qu'il aurait pu conclure et, par ailleurs, il va de soi qu'étant muette sur le cas où cet État ne serait lié par aucun traité en matière d'immunité de juridiction, elle n'aurait aucune incidence sur sa pratique unilatérale.

131. L'immunité de juridiction des organisations internationales est l'objet d'un traitement analogue par le §3 ; la primauté des traités internationaux, et ici, spécialement des traités constitutifs de l'organisation auxquels la Caraïbe a souscrit, déterminera le principe de l'immunité et son étendue de même que l'identité des bénéficiaires.

132. La loi type reconnaît naturellement à chaque État la latitude que lui laissent le droit international public et le droit de toute personne à une protection juridictionnelle effective, d'organiser selon ses propres vues le régime procédural de l'immunité.

Article 8. Exception d'arbitrage. 1. Lorsqu'un litige couvert par une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal caribéen alors que le tribunal arbitral est déjà saisi, le tribunal caribéen déclare la demande irrecevable.

2. Lorsqu'un litige couvert par une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal caribéen alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le tribunal caribéen déclare la demande irrecevable, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

133. La loi type, par son **article 2, iii)**, écarte de son domaine l'arbitrage. Mais en pratique celui-ci entre en concurrence avec la juridiction étatique lorsque les règles de compétence de la loi type appréhendent pour le compte des tribunaux étatiques le litige que vise un accord compromissaire. Cette éventualité rend nécessaire l'article 8 dont l'objet est de délimiter les champs respectifs de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale. Il s'agit simplement de marquer la limite du pouvoir de juger des tribunaux étatiques face au pouvoir de juger des arbitres et non pas d'interférer dans la réglementation de l'arbitrage²⁴⁵.

²⁴⁵CONC. : Art. V et VI de la Convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial international ; art. II.3 de la Convention de New York de 1958 ; art. 8 et 16 de la loi type de la CNUDCI ;

134. L'instance arbitrale n'est utile que si l'arbitre (ou le tribunal arbitral) est investi de la juridiction sur le litige à trancher. La contestation de ce pouvoir de juger relève de la règle dite de *compétence-compétence*²⁴⁶. Cette règle est largement répandue dans le droit comparé de l'arbitrage international comme dans le droit conventionnel ou dans les règlements des institutions arbitrales. Elle y prospère sous la forme banale de l'*effet positif* qui consiste à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre juridiction, c'est-à-dire sur la validité ou l'efficacité de son investiture à l'égard du litige qui lui est soumis²⁴⁷.

Cette règle de compétence-compétence a vainement encouru le grief de reposer sur une pétition de principe, une espèce d'auto-légitimation ou d'auto-lévitiation (*bootstrapping*) de l'arbitre. Il suffit de répondre que le pouvoir qu'il détient de statuer sur la validité de l'accord compromissaire ne procède pas de l'arbitre lui-même, mais de l'apparence d'accord compromissaire et que cette apparence a été jugée suffisante par le législateur (qui adopte la loi type) pour fonder le pouvoir contesté²⁴⁸. De plus, la justice procédurale exige cette aptitude à prononcer sur sa propre investiture lorsque cette dernière est contestée par le défendeur. En effet, dénier à l'arbitre la possibilité de statuer lui-même sur la question de sa juridiction, c'est contraindre le demandeur, qui croit en cette juridiction au point de s'y être rapporté, d'en rechercher la confirmation auprès d'un tribunal étatique, tandis que le défendeur n'aurait qu'à attendre l'issue de ce recours, alors que c'est lui qui, en critiquant la convention d'arbitrage, a pris l'initiative du contentieux sur le pouvoir de juger de l'arbitre : en principe, c'est à celui qui invoque la nullité d'un acte qu'il incombe d'en établir les vices ; ici, le caractère préjudiciel de la question aboutirait à une inversion des positions procédurales des parties et les charges de l'allégation et de la preuve seraient transférées à l'autre partie et, de plus, le règlement du litige au fond serait sensiblement ralenti. Ce ne serait pas équitable et ce ne serait pas opportun de récompenser ainsi les manœuvres dilatoires du défendeur. Aussi bien, cet effet positif de la règle de compétence-compétence est vigoureux au point que, en général et au risque, il est vrai, du développement de procédures parallèles, le pouvoir de l'arbitre de juger de sa propre juridiction n'est pas affecté par la contestation que l'une des parties porterait devant un tribunal étatique.

art. 41.1 de la Convention de Washington de 1955 ; art. 7 de la loi suisse LDIP ; art. 9, 30 et 32 du *Arbitration Act* 1996 ; art. 1679 et 1697 du code judiciaire belge ; art. 1448, 1465 et 1506 du code de procédure civile (France) ; art. 202 de la Constitution de la République du Panama ; art. 1022 et 1052 du code de procédure civile (Pays-Bas) ; art. 1032 et 1040 de la ZPO ; art. 6.2 du règlement de la CCI de 1998 ; art. 23 du règlement de la CNUDCI ; art. 23.1 du règlement de la LCIA ; art. 15 du règlement de l'AAA.

²⁴⁶Cette dénomination est empruntée à la langue juridique allemande, elle est traditionnellement utilisée en matière d'arbitrage bien qu'en l'espèce ce soit la juridiction plutôt que la compétence qui est concernée.

²⁴⁷L'accord compromissaire peut être affecté d'un vice qui en emporte la nullité et peut aussi être inapplicable au litige parce qu'il n'engage pas l'une des parties ou parce que les intérêts en cause ne sont pas arbitrables. Ces cas d'inefficacité relèvent du droit de l'arbitrage, exclu de la loi type (art. 2, iii).

²⁴⁸Cette apparence est aussi jugée suffisante par nombre de droits nationaux et par le droit conventionnel.

135. À l'instar de certains droits nationaux de l'arbitrage international²⁴⁹, la loi type double et renforce cet effet positif d'un *effet négatif* qui n'offre à l'arbitre aucune prérogative supplémentaire et qui ne s'adresse pas directement à lui, mais au juge étatique saisi d'un litige devant lequel la juridiction arbitrale est revendiquée par le défendeur. Le cas ordinaire est celui de l'exception d'arbitrage²⁵⁰.

Lorsque celle-ci est soulevée, la loi type reprend dans les deux alinéas de son article 8 la solution de l'article 1448 du code de procédure civile français et distingue ainsi deux hypothèses :

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention est manifestement nulle ou manifestement inapplicable »

Soit l'instance arbitrale est déjà engagée et alors le tribunal étatique, saisi en second, doit se dessaisir aussitôt sans connaissance au fond, sur la seule invocation de la convention d'arbitrage²⁵¹ et il n'y aura d'autre contrôle effectué par les tribunaux étatiques sur l'existence ou l'étendue de l'accord compromissaire que celui qu'ils seront éventuellement appelés à exercer plus tard sur un recours en annulation ou lors de la procédure d'exequatur.

Soit l'instance arbitrale n'est pas engagée et le tribunal étatique se déclare incompétent après avoir procédé à un examen *prima facie* de l'accord compromissaire afin de vérifier qu'aucun vice n'entache celui-ci d'une manière flagrante, évidente, manifeste au point d'avoir pu dissuader les parties d'user des possibilités qu'il était censé leur offrir. L'obligation de dessaisissement vise bien sûr à protéger le pouvoir de l'arbitre ; la réserve de la nullité manifeste ou de l'inapplicabilité manifeste vise à protéger les parties du risque de déni de justice, à leur garantir un accès non différé à la protection juridictionnelle effective de leurs droits lorsque l'irrégularité ou l'inefficacité de l'accord crève les yeux et qu'il est évident qu'elle ne pourrait pas échapper à l'arbitre auquel la question serait renvoyée.

136. Il est vrai qu'ainsi entendu, l'effet négatif expose à quelque inconvénient, notamment celui d'imposer à la partie qui conteste l'investiture de l'arbitre la poursuite de la procédure arbitrale jusqu'au prononcé d'une sentence qui peut-être succombera de ce chef devant le juge de l'annulation ou celui de l'exequatur et se révélera inutile – en dépit des coûts et du temps engloutis dans la procédure. Il y a là un risque indéniable, qui est la contrepartie du risque de procédures parallèles et par conséquent de décisions inconciliables qu'encourage de son côté, sans s'émouvoir des frais et délais, la conception selon laquelle le tribunal étatique ne doit se dessaisir

²⁴⁹Il s'agit du droit panaméen et du droit français ; *vid. C.-A. Arrue Montenegro, L'autonomie de la volonté, op. cit., n° 139 et seq., p. 82 et seq.*

²⁵⁰Il se peut également que la question de la validité ou de l'étendue de l'investiture de l'arbitre soit soulevée à titre incident devant le juge d'appui en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral.

²⁵¹Art. 1465 du code français de procédure civile : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel. »

qu'après avoir constaté, sur examen au fond de la clause compromissoire, sa validité ou son applicabilité.

Il est certain que la solution de l'effet négatif que partagent le droit français et le droit panaméen²⁵² est isolée en droit comparé. La priorité qu'elle accorde à l'arbitre sur le juge heurte les systèmes qui sont circonspects à l'égard de l'autonomie de la juridiction arbitrale et préfèrent maintenir celle-ci sous la férule de la juridiction étatique. Si la loi type choisit néanmoins à l'encontre de la majorité le dessaisissement du juge sans examen au fond de l'accord compromissoire et opte de la sorte pour le libéralisme et l'émancipation de l'arbitrage international, ce choix n'a pas d'autre but que d'offrir aux États de l'espace OHADAC qui y seraient prêts la possibilité de s'éloigner de la conception traditionnelle statocentrique ou westphalienne de la juridiction...

²⁵²Une interprétation favorable à l'effet parvient à associer à ces droits la Convention de Genève du 21 juin 1961, art. VI.

Chapitre II

Chefs de compétence

Article 9. *Compétences exclusives.* Les tribunaux caribéens sont exclusivement compétents sur les litiges ayant pour objet :

i) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles lorsque le bien est situé sur le territoire caribéen ;

ii) la constitution, la validité, la nullité et la dissolution de la société ou de la personne morale dont le domicile est situé sur le territoire caribéen ainsi que la validité des accords et décisions de ses organes qui affectent son existence *erga omnes* et ses règles de fonctionnement ;

iii) la constitution, la validité, la nullité, l'extinction ainsi que l'existence à l'égard des tiers du trust domicilié sur le territoire caribéen ;

iv) la validité ou la nullité des inscriptions effectuées sur un registre caribéen ;

v) l'inscription ou la validité des brevets d'invention et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou un enregistrement, lorsque que ce dépôt ou cet enregistrement a été demandé ou effectué dans la Caraïbe ;

vi) la reconnaissance et l'exécution en territoire caribéen des décisions judiciaires et des sentences arbitrales prononcées à l'étranger ;

vii) les mesures provisoires et conservatoires qui doivent être exécutées dans la Caraïbe ;

viii) la détermination de la nationalité caribéenne.

137. Quoique les cas de compétence exclusive des tribunaux caribéens soient les premiers auxquels se consacre le chapitre 2 du titre second, ils ne doivent pas être considérés comme établissant une compétence de principe à laquelle les dispositions suivantes apporteraient quelques exceptions²⁵³. La loi type ne suit pas le plan de la Convention de Bruxelles de 1968 ou du règlement Bruxelles I qui donne la préférence au mécanisme de compétence générale fondé sur le domicile du défendeur et suggère ainsi que les autres chefs de compétence sont dérogatoires et

²⁵³CONC. : Art. 22 du règlement CE n°44/2001 ; art. 24 du règlement (UE) n°1215/2012 ; art. 22 de la loi organique 6/1985, du 1 juillet, du pouvoir judiciaire (Espagne) ; art. 1078, 1079 et 1081 du code roumain de procédure civile ; art. 8 du projet dominicain ; art. 8 du projet colombien.

d'interprétation stricte. Elle se rallie à l'ordre d'exposition retenu par d'éminents commentateurs de ces instruments européens²⁵⁴, lequel, sans doute mieux qu'une espèce de hiérarchie des chefs de compétence, exprime une priorité opératoire des compétences exclusives par rapport aux prorogations volontaires de for et au dispositif domiciliaire : qui souhaite porter un litige devant les tribunaux caribéens doit rechercher si ceux-ci sont désignés par un chef de compétence exclusive ; à défaut, il recherchera ensuite s'ils sont désignés par une clause attributive de juridiction ; à défaut, sauf à s'assurer qu'aucune clause dérogatoire ne déporte l'affaire vers l'étranger, il vérifiera que le défendeur est domicilié dans la Caraïbe ou bien qu'en raison de la nature des intérêts litigieux, le procès peut être utilement déféré aux tribunaux caribéens. Cette chronologie opératoire qui descend l'échelle de la force éliminatoire ne préjuge pas du statut des diverses compétences exclusive, volontaire, générale ou spéciale.

138. Énumérées de manière limitative à l'article 9, les compétences exclusives conduisent immédiatement aux juges caribéens lorsque l'élément de rattachement qu'elles comportent se réalise au sein de l'ordre juridique caribéen. Cinq de ces compétences figurent dans les catalogues de l'article 22. 1° de la LOPJ (Espagne) et de l'article 22 du règlement Bruxelles I ; elles sont prévues en matière d'immeubles, de sociétés et personnes morales, d'inscriptions sur les registres publics, de droits intellectuels et d'exécution des décisions. La loi type complète cette liste en y ajoutant des compétences en matière de *trust*, de mesures provisoires et de nationalité caribéenne. Ces compétences sont exclusives en ce sens que, du point de vue caribéen, il n'est pas permis aux plaideurs de porter le litige devant d'autres tribunaux que les tribunaux caribéens. Aucune concurrence avec les juges étrangers n'est admise ; le demandeur n'a aucun choix, il doit adresser sa demande aux juges caribéens. Cette dévolution nécessaire présente plusieurs caractères.

139. *En premier lieu*, une compétence exclusive est une *compétence globale* (ou *internationale*, ou encore *générale*, selon la terminologie de Bartin) en ce sens que la désignation qui résulte de la localisation du litige au sein de l'ordre juridique caribéen porte sur l'ensemble des organes judiciaires ; c'est la solution du droit de l'Union européenne (Règlement Bruxelles I, article 22) comme du droit espagnol (LOPJ, article 22, 1°) et sans doute est-elle justifiée par l'idée d'une implication significative dans les contentieux ainsi réservés d'un intérêt propre de l'État sur le plan international, beaucoup plus que par un rapport particulier qui unirait la cause à un tribunal déterminé. En conséquence, il revient à l'État et à l'ordre juridique caribéens, une fois établie leur compétence générale, d'identifier dans l'appareil judiciaire national le tribunal à saisir au moyen de leurs règles de compétence interne²⁵⁵.

²⁵⁴H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e éd., 2010 ; J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional Privado*, n. 43 et seq. Vid. aussi le Projet dominicain, art. 8 et seq.

²⁵⁵*Contra*, le projet mexicain, art. 148, litt. g), h) et j), où les règles de compétence internationale (non exclusive, semble-t-il) désignent le tribunal mexicain spécialement compétent.

En second lieu, la compétence exclusive est une *compétence impérative*. Il s'ensuit que les clauses aux termes desquelles les parties seraient convenues de confier le litige à un ou à des tribunaux d'un État étranger sont inopérantes et ne peuvent entamer la compétence caribéenne. Cette indisponibilité de la compétence caribéenne est le corollaire naturel de l'exclusivité : en n'autorisant que la saisine des tribunaux caribéens, celle-ci supprime la concurrence des juridictions et ne laisse aucun choix aux plaideurs.

En troisième lieu, la compétence exclusive développe deux effets : une obligation de saisir les tribunaux caribéens et une interdiction de s'adresser aux tribunaux étrangers. L'effet positif d'obligation pèse sur la compétence directe et fonde la régularité de la procédure engagée devant les tribunaux caribéens ; l'effet négatif pèse sur la *compétence indirecte* et frappe d'irrégularité la procédure qui a été poursuivie devant le juge étranger, de telle sorte que la décision qui en est issue est insusceptible de reconnaissance et d'exécution dans la Caraïbe (*vid. article 74, iii*).

140. *En quatrième lieu*, la compétence exclusive produit un effet particulier dans les rapports entre États ayant adopté la loi type. Il s'agit de ce que certains auteurs ont dénommé *effet réflexe*²⁵⁶ ou *effet miroir*. Celui-ci conduira le juge caribéen qui a été saisi, alors que le chef de compétence retenu par l'article 9 se concrétise au sein de l'ordre juridique de l'État étranger, à se dessaisir. Par le jeu de l'article 9, cet État étranger revendique le monopole sur le litige comme l'aurait fait sur la même base la Caraïbe si le chef de compétence exclusive s'était réalisé sur son territoire. L'intérêt particulier de cet effet réflexe se manifeste dans le cas où les circonstances de la cause ne permettant pas au juge caribéen de s'appuyer sur l'article 9, lui offriraient cependant la possibilité de fonder sa compétence sur une autre règle, par exemple lorsque le défendeur a son domicile dans la Caraïbe (**article 11**) ; dans cette hypothèse, si le procès s'engage et se poursuit dans la Caraïbe, rien ne garantit qu'il ne sera pas également porté devant les juges de l'État étranger et donc rien ne prévient le risque de conflit de procédures ni, par conséquent, le risque de conflit de décisions. Or, si ces risques de conflit trouvent une issue au regard du droit de la Caraïbe dans l'**article 74** qui, au plan de la reconnaissance et exécution, conduit à préférer le procès ou le jugement caribéen et à censurer le procès ou le jugement étranger (**article 74, iv ou v**), ce ne peut être qu'une issue en trompe l'œil pour les parties, car il est évident qu'en pratique, le différend se localisant à l'étranger, la décision caribéenne ne s'y imposera pas et ne pourra y donner lieu à exécution forcée ; alors qu'au contraire, le jugement étranger, disqualifié dans la Caraïbe, pourra sans difficulté être ramené à exécution par les autorités de l'État au nom duquel il a été prononcé. En admettant l'effet réflexe qui garantit l'unité de procédure par le dessaisissement du juge caribéen, l'article 9 se plie aux exigences d'économie procédurale et, de plus, il s'aligne sur l'objectif même de ce mode d'unification douce qu'est la loi type en assurant l'unité de solution entre les États qui s'y sont ralliés. En revanche, il a pu paraître plus téméraire de prévoir pareille division du

²⁵⁶G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Bibl. Dr. int. pr., vol. xiii, Dalloz 1972, n° 165 ; P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1985, n°37.

travail juridictionnel avec des États qui n'ont pas adopté la loi type et qui, plutôt que s'engager sur la voie de l'harmonisation, préfèrent conserver leur propre système de compétence internationale, dont la teneur peut être différente – que ce soit par l'effet de divergences de rattachement ou par l'effet de divergences de qualification des demandes – et aboutir à laisser la compétence aux tribunaux de quelque État tiers dont les titres seraient moins pertinents que ceux que conservent les tribunaux de la Caraïbe.

Ainsi l'effet réflexe se limite à obliger le juge caribéen à se déclarer, au besoin d'office, incompétent dans le seul cas où il est assuré que le litige sera tranché à l'étranger par des tribunaux dont la compétence est incontestable (**article 17, §4**²⁵⁷) ; c'est précisément ce que garantit l'adoption de la loi type par l'État de réalisation du critère de l'article 9. Avec l'effet réflexe s'esquisse un réseau de coopération judiciaire qui pourrait se développer en véritable espace judiciaire OHADAC.

141. L'article 9 décline huit cas de compétence exclusive. Parmi ceux-ci un seul échappe clairement à la dimension territoriale ; il s'agit du dernier de la liste (article 9, viii) où est établie la compétence des tribunaux caribéens sur le contentieux relatif à la détermination de la *nationalité caribéenne*. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi en cette matière le titre des tribunaux caribéens, d'une part, ne repose pas sur un lien territorial et, d'autre part, est marqué d'exclusivité. La nationalité d'un individu peut sans doute être fondée sur le *jus soli*, mais la relation qu'elle établit entre l'individu et l'État est un lien personnel qui se conserve même au delà des frontières et conserve sa vitalité et son autorité en quelque lieu que l'individu se trouve. Ce lien qui est l'objet du procès intéresse certes la personne privée qui en est le sujet, mais il intéresse aussi et de très près l'État à qui la qualité de souverain confère le monopole de la détermination de ses nationaux, c'est-à-dire de sa composante personnelle. L'incidence qu'aura nécessairement sur cette composante le jugement prononçant au principal sur l'attribution, l'acquisition ou la perte nationale, justifie l'exclusivité. Attesté par l'applicabilité de sa propre loi, l'intérêt de l'État est trop étroitement engagé pour qu'il s'abandonne à une juridiction étrangère. Et cela est si clair qu'il est permis de conjecturer que quiconque à titre principal revendiquera une nationalité déterminée ou contestera en être titulaire s'adressera directement aux juridictions de l'État concerné, de telle sorte qu'en ce cas la question de l'effet réflexe de l'exclusivité n'aura guère l'occasion de se poser devant les tribunaux caribéens.

142. Mais il se pourrait qu'un tribunal étranger s'estime compétent pour connaître d'une question de nationalité caribéenne, par exemple, parce que ses propres règles de droit judiciaire international l'autorisent à connaître *incidemment* de la question de nationalité dont la solution est nécessaire pour la résolution de la question principale dont il est saisi en tant que juge du domicile du défendeur. Cette

²⁵⁷Art. 17, §4 : « Les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'une demande pour laquelle les tribunaux d'un autre État ayant adopté la présente loi sont exclusivement compétents en vertu de l'article 9. »

éventualité intéresse la Caraïbe sur le plan de la reconnaissance de la décision ainsi obtenue à l'étranger : l'exclusivité de la compétence de l'article 9 ne fait-elle pas, selon l'**article 74, iii**), obstacle à la régularité et donc à l'efficacité de cette décision étrangère ? Quoique le texte de l'article 9 ne fasse pas de distinction entre demande principale et question incidente, il semble qu'ici il convienne de restreindre l'exclusivité de la compétence internationale et le monopole qu'elle attribue aux juges caribéens à l'hypothèse où la nationalité caribéenne est l'objet principal de l'instance. Le refus de reconnaissance opposé à la décision étrangère conduirait à un déni de justice autorisant le renouvellement du procès devant le juge caribéen (**article 15, ii**), alors même que l'issue de la question de nationalité caribéenne traitée incidemment dans l'instance étrangère n'y a, au plus, reçue d'autorité qu'au regard de la solution apportée à la question principale ; les coûts et délais exigés par le redoublement des procédures seraient disproportionnés au point de représenter une entrave à la jouissance du droit à une protection juridictionnelle effective que ne pourrait justifier le faible trouble redouté de la reconnaissance. Réciproquement, le cantonnement aux seuls cas où la question de nationalité caribéenne est l'objet principal du procès doit être admis pour l'interprétation et l'application de l'**article 17 §4** : les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à *titre principal* d'une demande portant sur une nationalité étrangère, sur laquelle les tribunaux d'un autre État ayant adopté la loi type sont exclusivement compétents en vertu de l'article 9 ; en revanche, si la question de nationalité étrangère est soulevée incidemment à une question principale qui relève de leur compétence, les tribunaux caribéens n'ont pas à se déclarer incompétents.

Ce point d'interprétation concernant l'étendue de l'effet réflexe intéresse également les autres chefs de compétence exclusive qu'énumère l'article 9 et qui pour les mêmes raisons sont justiciables de la même solution.

143. Ces autres chefs de compétence exclusive se rejoignent tous par leur caractère territorial. Cette territorialité procède de considérations de bonne administration de la justice et d'économie procédurale dont l'intensité varie selon les cas mais sur une échelle relativement étroite. Pour chacune d'entre elles se retrouve aussi la pression de l'intérêt de l'État. Celui-ci est engagé par les demandes tendant à obtenir ou à dénier *la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et sentences arbitrales* dans la Caraïbe (article 9, vi), puisqu'il s'agit de l'intégration dans l'ordre juridique caribéen de décisions prises, en dehors de son propre système judicairo-coercitif, au nom d'une souveraineté étrangère ou par application d'un accord privé ; aucune autre autorité que celle de la Caraïbe ne peut, sans compromettre la souveraineté et l'organisation de la justice publique caribéennes, prononcer utilement sur ces questions. En ce domaine, le périmètre opérationnel de cette souveraineté et de cette organisation coïncident avec le territoire national. Il convient d'observer d'ailleurs que la compétence exclusive embrasse ici, au delà des procédures d'accueil des décisions, le contentieux des mesures d'exécution, puisque celles-ci réalisent le monopole que détient l'État sur l'usage de la contrainte légitime et ce monopole est circonscrit au territoire national. Associée à la précédente, cette dernière justification vaut aussi à propos des *mesures conservatoires* qui doivent être exécutées sur le territoire de la Caraïbe (article 9, vii).

144. Sans doute moins étroitement impliquée, la souveraineté l'est encore s'agissant des *registres publics* institués et gérés pour consolider diverses sortes de droits des particuliers et faciliter leur exercice par l'information des tiers (registre de l'état civil, registre foncier, registre du commerce, registre des sociétés...). Implantés sur le sol national et opérant selon des procédés formalistes, ces organismes produisent une information qui est à la fois codée et de portée géographique circonscrite au territoire²⁵⁸. La publicité des situations juridiques est ainsi l'objet de services publics que l'État organise dans l'intérêt des particuliers, non pas seulement des titulaires de droits, mais bien de l'ensemble de la collectivité, et cette mission d'administration publique des intérêts privés ne peut, sans attenter à la souveraineté de la Caraïbe ni exposer au risque de perturbations, être soumise au contrôle, ne serait-il que juridictionnel, d'un État étranger. Aussi bien, la loi type se rallie aux solutions consacrées par le système Bruxelles I (article 22, al. 1^{er}, n°3 et 4) pour les registres publics en général, ce dont l'article 9, v) prend acte, que pour, *l'inscription et de la validité des brevets* et autres droits soumis à dépôt ou enregistrement visées à l'article 9, vi)²⁵⁹.

145. Peut-être de manière moins visible, la main de l'État pèse cependant sur les deux catégories d'institutions aptes à agir de façon autonome dans la vie civile et commerciale que sont, d'une part, les *sociétés et personnes morales* (article 9, ii) et, d'autre part, les *trusts* (article 9, iii). La loi type en retenant pour ces deux catégories des solutions identiques se sépare du système Bruxelles I et de la LOPJ lesquels, ne prévoyant pas de compétence exclusive pour le *trust* et même négligeant son autonomie, soumettent son contentieux interne au dispositif de compétence domiciliaire à moins que ne l'écarte une prorogation volontaire de for. Mais, comme il a été observé plus haut sous l'article 5. 1, litt. c), un certain nombre de systèmes juridiques de l'espace OHADAC connaissent cette institution et entendent en favoriser le développement ; il a paru dès lors opportun d'apporter aux procès qui mettent en cause l'existence ou le statut de celle-ci un régime de compétence approprié. Comme, à l'instar de la société ou des autres personnes morales, le *trust* est une entité artificielle (par opposition aux personnes physiques qui sont naturelles), sa réalité sociale, qui lui permet de gérer les intérêts auxquels il est ordonné de manière indépendante, est le produit de l'ordre juridique sous l'égide duquel il vit ; il convenait donc d'ériger également en chef de compétence le domicile

²⁵⁸Vid. S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2003.

²⁵⁹La CJCE, le 15 novembre 1983, aff. C. 288/82, *Duinjstee*, a précisé que dans l'acception communautaire, la catégorie des « litiges en matière d'inscription et de validité des brevets », sujets à la compétence exclusive, ne comprenait pas les litiges portant sur l'appartenance des droits, sur les contrats dont ceux-ci sont l'objet ni sur la contrefaçon qu'ils subissent. Malheureusement, la même CJCE (13 juillet 2006, *GAT*, aff. C-4/03) a décidé, sans tenir compte de la configuration particulière de l'action en déclaration de non contrefaçon, qui intervertit les positions procédurales des parties, que l'exception de nullité de brevet soulevée incidemment dans l'instance principale portant sur la contrefaçon tombait sous le coup de l'exclusivité. Vid. M. E. Ancel, « L'arrêt GAT, une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Rev. Commun. Comm. Electronique*, mai 2007, ét. n°10 et M. Wilderspin, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006. p. 777.

tel que le définit l'article 5, §1, *litt. c*), car c'est en ce lieu que cette réalité se manifeste et que les décisions la concernant feront sentir leur effet, lequel ne pourra être que celui que prévoit et sanctionne l'État protecteur²⁶⁰.

²⁶⁰Sur la difficulté que soulève la définition pluraliste du domicile des sociétés et personnes morales et du *trust*, *vid. infra*, sous art. 5.

146. Enfin, l'État du lieu de situation de l'immeuble se voit reconnaître une compétence exclusive sur les procès dont l'objet principal est constitué par les droits réels dont ce bien est l'assiette. Ici abordée en dernier lieu, cette solution est la première que consacre l'article 9 (i) et ce placement vient rappeler que, dans l'histoire, elle est aux origines de la tradition euro-continentale du droit international privé. Si elle s'est conservée et généralisée, c'est qu'elle reste en consonance avec la représentation contemporaine de l'ordre juridique étatique. Le droit réel sur l'immeuble est perçu comme un élément du statut d'un bien inséparable de cette composante essentielle de l'État qu'est le territoire. De plus, faisceau de prérogatives permettant de retirer les utilités de la chose, le droit réel participe à la distribution de celles-ci entre les membres du corps social ; base de l'échange social, il requiert l'*uniformité locale*, de telle manière que ceux qui l'exercent et que ceux à qui il est opposé soient, sur le ou les mêmes biens, titulaires de libertés et sujets de limitations strictement coordonnées, ajustées les unes aux autres, faute de quoi se répandrait l'anarchie. Cette exigence fait à l'État un devoir d'assurer une *police des sols* et de garantir la *sécurité des transactions*, qui ne tolèrent pas d'interférence de législateurs étrangers. L'implication de l'État se renforce ici encore de ses missions régaliennes de promotion ou de protection d'un *régime économique* et *gestion de l'environnement*. Le bon accomplissement de ces diverses tâches commande de reconnaître à l'État sur le territoire duquel est implanté l'immeuble le monopole du traitement juridique des droits dont celui-ci est le support, ce qui ne se conçoit pas avec la même portée, à propos des meubles (*vid. infra, article 58 et seq.*). Au demeurant, des raisons moins publicistes et qui se retrouvent avec plus ou moins de relief dans les autres cas visés à l'article 9 militent en faveur de cette compétence exclusive. En cas de litige, l'État de la situation est celui sur le territoire duquel il y aura lieu, le cas échéant, de procéder à des mesures d'instruction et il est aussi celui dont la loi sera normalement applicable en cette matière de droits réels ; aussi, les tribunaux « à pied d'œuvre » et familiers des règles régissant la cause répondent à la double dimension, géographique et intellectuelle, du « principe de proximité » qui localise ainsi le procès sur ce territoire et tend à garantir une bonne administration de la justice par l'exacte connaissance des faits et une exacte application du droit. Associé à l'exigence d'économie procédurale qui recommande d'agir devant les tribunaux du lieu où s'exercent les prérogatives, où donc surgit le conflit des intérêts et où se réalisera nécessairement la décision, ce « principe » impose la solution aux parties, abstraction faite de leurs positions procédurales personnelles (ni *actor sequitur forum rei*, ni *forum actoris*), établissant une compétence si rationnellement fondée qu'elle ne leur laisse, en vérité, aucun choix utile. Mais adossée à l'intérêt de l'État comme à l'intérêt des particuliers, cette compétence exclusive pourrait développer une *vis attractiva* qui risque d'en élargir abusivement le domaine au delà des seuls droits réels.

147. Ce risque n'a pas échappé aux auteurs de la loi type qui, à l'exemple des auteurs de la Convention de Bruxelles de 1968 ou de l'article 22, 1° de la LPOJ, ont complété l'article 9, i) en adjoignant au contentieux portant sur les droits réels immobiliers le contentieux des *baux d'immeubles*. Cet ajout est justifié pour autant que ce dernier vérifie aussi intensément que le premier les raisons qui fondent la

compétence exclusive. Mais dans le même temps, comme il se limite aux contestations « relatives à l'existence ou à l'interprétation des baux ou à la réparation des dégâts causés par le locataire, à l'évacuation des locaux²⁶¹ », c'est-à-dire relatives en somme à l'occupation et utilisation du bien loué, il faut admettre qu'il n'est pas extensible à d'autres procès qui opposeraient bailleurs et locataires et où prédomine l'aspect obligationnel ou contractuel. Précisément, l'extension ne se réalise que sur les rapports du locataire à la chose louée et ce sont ces rapports qui sont souvent régis par des législations particulières correspondant à des politiques publiques (d'ordre économique ou social) et dont, en raison de leur complexité et de leur impérativité, il est préférable que l'application soit réservée aux juges du pays où elles sont en vigueur.

Contrairement aux versions successives de la Convention de Bruxelles et au règlement Bruxelles I, la loi type n'a pas soustrait à la compétence exclusive de l'article 9 les locations de vacances ou baux de courte durée. Il en résulte que les tribunaux de la Caraïbe seront nécessairement seuls compétents sur le contentieux que peuvent soulever ces modes d'occupation et d'utilisation et qu'ils seront ainsi en mesure de leur appliquer les dispositions que leur législation considère impératives.

Article 10. Prorogation volontaire de la compétence des tribunaux caribéens. 1. La compétence générale des tribunaux caribéens est prorogée lorsque ceux-ci ou l'un d'entre eux sont désignés de manière expresse ou tacite par les parties, à moins que le litige ne porte sur une des matières visées aux articles 8 et 12, auxquels il n'est pas permis de déroger par accord.

La prorogation volontaire dans les matières visées aux alinéas iv), v) et vi) de l'article 14 est valable si :

i) elle est fondée sur un accord d'élection de for postérieur à la naissance du différend ; ou si

ii) les deux contractants ont l'un et l'autre leur domicile dans la Caraïbe au moment de la conclusion de l'accord ; ou si

iii) le demandeur est le consommateur, le salarié, le preneur d'assurance, l'assuré, la victime ou le bénéficiaire du contrat d'assurance.

2. La compétence ainsi établie s'étend à la question de la validité de l'accord d'élection de for, lequel doit satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe suivant.

²⁶¹Rapport Jénard, JOCE, C 59, 5 mars 1979, p. 35.

3. L'accord d'élection de for est celui par lequel les parties sont convenues de soumettre aux tribunaux caribéens ou à l'un d'entre eux certains ou tous les différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non-contractuelle. Sauf convention contraire, l'accord d'élection de for établit une compétence exclusive.

L'accord d'élection de for est constaté par écrit. Constitue un accord écrit celui qui est consigné dans un même document signé des parties, ou qui résulte d'un échange de lettres, de fax, de télégrammes, de courriers électroniques ou de tout autre moyen de télécommunication qui permette de constater l'accord et en assure la conservation et l'accessibilité ultérieure sur le mode électronique, optique ou autre.

Un échange d'écritures en demande et en défense au cours d'un procès porté devant un tribunal caribéen constitue un accord écrit lorsque l'existence de l'accord y est affirmée par une partie et non contredite par l'autre.

148. L'article 6, §3 pose la règle de la licéité des accords d'élection de for dans le champ des rapports privés internationaux (*vid. supra*). L'article 10 met en œuvre cette règle de licéité lorsque le choix effectué par la convention des parties conduit à élargir le domaine d'exercice de la juridiction caribéenne, au moyen d'une prorogation de la compétence générale des tribunaux caribéens²⁶². Un **article 12** est par ailleurs spécialement consacré au cas, d'apparence symétrique mais structurellement différent, où le choix des parties tend, par une dérogation de for, à restreindre ce domaine d'exercice de la juridiction caribéenne au moyen de la désignation des tribunaux d'un État étranger.

L'article 10 définit les conditions particulières auxquelles les tribunaux ou le tribunal caribéens objet de l'accord seront régulièrement saisis, quoique ne se vérifie par ailleurs aucun des chefs de compétence édictés par la loi type. Si l'accord d'élection de for résulte d'un échange des consentements et relève à ce titre de la sphère contractuelle, il se rattache par son objet au droit processuel et spécialement au droit de la compétence ; cette nature mixte justifie la mise en place d'un régime propre, s'éloignant du droit commun des actes juridiques. Les trois paragraphes de l'article 10 précisent ce régime propre ; mais ils n'effacent pas pour cela les conditions de formation ni les effets du droit commun des contrats qu'ils ne mentionnent pas. Le silence ici vaut soumission ; aussi bien, par exemple, doivent obéir aux solutions habituelles la question de la capacité (*vid. infra* **article 23**) et ou celle du pouvoir (*vid. infra*, **article 27**) de consentir une clause d'élection de for.

²⁶²CONC. : Art. 5 de la loi LDIP suisse ; art. 4.1° de la loi italienne de DIPr ; art. 19 du code panaméen de DIPr ; art. 22.2 LOPJ (Espagne) ; art. 6 du code belge de DIPr ; art. 43 *et seq.* de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 4 de la loi turque de DIPr du 27 novembre 1998 ; art. 17 et 18 du projet argentin ; art. 108 du projet bolivien ; art. 7 du projet colombien ; le projet dominicain ; art. 155 du projet mexicain ; art. 1066 du code roumain de procédure civile ; art. 59 du projet uruguayen ; art. 23 du règlement Bruxelles I ; Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

149. La clause de prorogation de for est l'expression sur le plan de la compétence internationale de l'autonomie des parties ; elle a pour effet de remettre à celles-ci le choix du juge et – puisque le juge se réfère à ses propres règles de droit international privé – le choix non seulement de la loi applicable à la procédure, mais aussi de la loi applicable au fond du litige. Dès lors, il convient de réserver l'usage de l'accord d'élection de for aux hypothèses dans lesquelles ces choix du tribunal compétent et de la loi applicable sont laissés à la liberté des parties. Se trouvent ainsi soustraits à la règle de licéité, les litiges visés par l'**article 9**, lequel, en instaurant pour motif d'intérêt public ou collectif des compétences exclusives, développe un effet réflexe s'opposant à la saisine d'un tribunal caribéen (*vid. supra* sous **article 9**). Sont également retirées du champ de la règle de la licéité les procédures intervenant en droit des personnes et de la famille visées à l'**article 13** ; la raison traditionnelle de ce retrait est qu'en ce domaine les parties n'ont pas la libre disposition de leurs intérêts selon le droit interne et que la dimension internationale de la relation litigieuse reste sans incidence sur cette considération. Étant donné que cette dimension internationale a généralement pour corollaire d'offrir aux plaideurs la possibilité de choisir entre plusieurs juridictions, l'argument n'est pas absolument convaincant et il semble plutôt que l'interdiction de déroger à la compétence étrangère au bénéfice des tribunaux caribéens résulte de la volonté de conserver à chaque partie la possibilité d'exploiter jusqu'au procès l'éventail des compétences offertes par les législations des États au contact desquels évolue le rapport litigieux ; une simple élection du for caribéen interdirait de se tourner vers ces fors étrangers. On supposera donc que les caractères propres de la matière concernée s'opposent à une prédétermination conventionnelle du tribunal compétent et justifient qu'il soit fait exception à la règle de la licéité.

150. L'exercice de l'autonomie dans le contentieux international est largement reconnu²⁶³ ; la pluralité des ordres juridiques, qui définissent chacun leur offre de justice, met la partie qui s'empresse d'ouvrir les hostilités en position de choisir son juge et ainsi de prendre unilatéralement avantage sur son adversaire tant sur le plan processuel que sur le plan du droit applicable, en portant le différend au tribunal qui lui est le plus commode ou celui dont le droit international privé lui promet la solution la plus favorable. La pluralité est facteur d'insécurité, d'imprévisibilité et fragilise la relation avant même qu'elle ne revête un aspect contentieux. C'est pour parer ce risque que la règle de licéité s'impose. Si le choix est exercé d'un commun accord avant que naisse le litige, les parties sauront par quel juge et selon quel droit celui-ci sera tranché et seront donc en mesure de déterminer avec quelque sécurité les comportements que leur dictera le développement de leur relation ; s'il est exercé *post litem natam*, l'accord d'élection prévient l'éventualité ruineuse du développement de procédures parallèles. Cependant ces bienfaits ne sont obtenus que si chacune des parties est parfaitement avertie et consciente de la portée de l'accord. Certaines législations, dans la crainte d'un consentement imprudemment

²⁶³N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for*, *op. cit.* ; C. A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté*, *op. cit.*, n. 55 et seq. ; A. Briggs, *Agreements on jurisdiction* *op. cit.*

donné, enserrent cet accord dans des dispositions restrictives. Aussi, par précaution, pour garantir le respect et l'efficacité de l'autonomie privée, la loi type institue une protection particulière de la liberté du consentement et par égard pour l'objet de la clause qui est la juridiction caribéenne elle circonscrit la portée de l'élection de for.

151. I. – La protection du consentement est assurée de deux manières différentes ; en son troisième paragraphe, l'article 10 prévoit une protection générale, applicable à tous les justiciables et à tous les accords et, en son premier paragraphe, il prévoit une protection spéciale qui concernent les clauses d'élection de for conclues ou à conclure dans des hypothèses où les parties ne sont pas réputées être sur un pied d'égalité.

152. Ces hypothèses de protection spéciale correspondent à des situations pour lesquelles l'article 14 instaure un système de compétence inégale étendant la juridiction des tribunaux caribéens en faveur à l'une des parties parce qu'elle se trouverait généralement face à l'autre dans un rapport d'inégalité de puissance économique et donc de pouvoir de négociation (*inequality of bargaining power*). Cette inégalité est réputée exister de manière structurelle entre le consommateur et son fournisseur professionnel, entre le travailleur salarié et son employeur, entre le preneur d'assurance, l'assuré, la victime ou le bénéficiaire et la compagnie d'assurance ; il est évident que l'un des contractants, dans ces cas de figure, dispose habituellement d'un potentiel juridique, matériel, commercial et financier qui lui confère la liberté de traiter à des conditions prometteuses, tandis que l'autre contractant, déclaré *partie faible*, parce qu'étreint par le besoin ou contraint d'aliéner sa force de travail ou bien angoissé par un avenir incertain, ne jouit pas d'une entière liberté d'information et de jugement et subit de la sorte une perte d'autonomie. En raison de cela et aussi pour éviter que ne soient compromises les fonctions de consommation, de production et de prévoyance qui conditionnent la participation à l'échange social et à la vie de la cité tels que les gère la société contemporaine, l'article 14 ouvre à la partie faible et à elle seulement, à titre compensatoire, des chefs de compétence complémentaires. C'est dans ce cadre que s'exerce l'autonomie privée, qui est alors orientée vers la protection de la partie faible et n'est admise à s'exprimer que si l'intégrité du consentement de celle-ci est avérée.

153. Cette protection fonctionnelle limite la licéité de la clause à trois éventualités. La première est celle où l'élection de for est convenue *post litem natam*, après la naissance du litige ; on supposera alors que le tour contentieux pris par la relation dénoue à ce moment le rapport de domination entre les parties et que chacune d'elles a désormais toute liberté de défendre ses propres intérêts. La seconde éventualité est celle où les deux contractants ont leur domicile dans la Caraïbe au moment où ils choisissent les tribunaux caribéens ; dans ce cas, d'une part, la prorogation de compétence répond à une exigence de commodité et repose sur un accord de volonté que vient soutenir sur le plan rationnel un lien objectif caractérisé, dissipant tout soupçon d'abus ou d'arbitraire et, d'autre part, la validité de la prorogation neutralise l'éventuel changement abusif de domicile du consommateur. La troisième éventualité est celle d'une élection de for qui ne bénéficie qu'à la partie faible ; la clause est valable dans la mesure où elle offre à celle-ci la possibilité de porter sa demande devant un tribunal caribéen que ne désigne aucune règle de compétence caribéenne, mais elle n'est pas valable si elle ménage la même faculté à la partie forte. En somme, l'autonomie des parties n'est admise à jouer sur le terrain de la compétence que selon des modalités qui excluent qu'elle s'exerce au détriment de la

partie faible en aggravant le rapport de domination que celle-ci subit et qui risquerait de la porter à accepter la loi du plus fort. Mais encore faut-il, pour assurer la validité et l'efficacité de la prorogation de compétence des tribunaux caribéens, que soient respectées les conditions tendant à la protection générale du consentement à l'élection de for.

154. La protection générale applicable à tous les justiciables et à tous les accords désignant les tribunaux caribéens repose sur une technique juridique classique puisqu'il s'agit de conditions de forme destinées à garantir que les parties se sont engagées de manière effective et en pleine connaissance de cause. Ces conditions ne sont pas draconiennes ; elles se condensent dans l'exigence d'*un écrit* qui constate et solennise l'accord et en assure la conservation en vue de son éventuelle production en justice. Cet accord peut être consigné dans un instrument propre, un acte séparé, ou bien, le cas échéant, être incorporé au contrat comme une simple stipulation. La définition de l'écrit importe davantage. Même si elle paraît assigner au formalisme un objectif de prédétermination de la preuve de l'accord, cette définition dénote essentiellement la préoccupation de n'admettre que les prorogations de for réellement consenties par les parties. L'écrit est destiné à attester au premier chef l'existence du consentement des parties, que celui-ci se soit exprimé de manière traditionnelle par l'établissement d'un document signé des intéressés ou qu'il ait utilisé de moyens de communication à distance les plus classiques ou les plus modernes, pourvu que ceux-ci soient d'abord articulés sur le mode de l'échange permettant de constater la rencontre des volontés et ensuite d'en rapporter la preuve en justice.

155. À ces formes d'expression bilatérale du consentement est assimilé l'échange d'écritures entre parties après que la procédure a été engagée devant un tribunal caribéen et duquel il ressort que l'accord d'élection de for allégué par le demandeur n'est point contesté par le défendeur. Cette précision, qui n'écarte pas la définition de l'écrit mais au contraire la met en œuvre dans le cas particulier de la *manière tacite*, mentionnée par le paragraphe 1^{er}. Cette convention tacite n'est opératoire que si son existence est affirmée par le demandeur dans ses écritures communiquées au défendeur et si celui-ci non seulement ne s'y oppose pas, mais au contraire et plus positivement, signifie par ses propres écritures qu'il table sur la compétence des tribunaux de la Caraïbe ; ce schéma dissipe l'équivoque que le silence pur et simple ferait peser sur la réalité du consentement de la partie qui n'a pas pris l'initiative de s'adresser au juge caribéen.

156. II. – Parfois représenté comme une limitation apportée à l'autonomie des parties, ce formalisme en est au contraire le serviteur dans la mesure où il conditionne l'effet prorogatoire de compétence à un accord effectif de volontés libres et éclairées. Il est de plus une précaution justifiée par l'enjeu spécifique que constitue la juridiction caribéenne. En élargissant le domaine de celle-ci, l'accord d'élection de for revêt une dimension publiciste dans la mesure où il se propose de contraindre un juge de l'État à connaître d'une cause qui, en principe, ne s'inscrit pas de manière significative dans la vie sociale de la Caraïbe. La prorogation influe ainsi sur le fonctionnement d'un service public relevant de la souveraineté de cet État ; celle-ci

ne peut accepter cette charge sans réserve et prendre le risque d'affaiblir le crédit de la justice qu'elle rend par une trop grande complaisance qui priverait ses décisions de crédit et d'efficacité au regard des autres États. Il importe donc qu'elle limite sa disponibilité à ce qui est utile aux parties. Cette considération a, par exemple, déterminé le législateur belge à donner au juge belge désigné par élection de for le pouvoir de « décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique ²⁶⁴ ». L'article 10 de la loi type ne comporte pas une telle disposition qui ramène l'exercice de la juridiction dans les limites de sa fonction. Mais il faut tenir compte de l'**article 18** qui admet la recevabilité de l'exception de *forum non conveniens*, dont rien n'indique qu'elle ne pourrait pas être opposée à un accord dans les cas qu'elle circonscrit, où la configuration de l'affaire rendrait impossible ou excessivement difficile ou onéreuse l'instruction de l'affaire.

157. Dans le même esprit, la liberté des parties se trouve bridée et par là même protégée contre elle-même par une limitation très relative, qui d'ailleurs rejoint une exigence du droit des contrats dans la tradition romano-germanique. Il faut en effet selon le paragraphe 3 de l'article 10 que l'élection de for vise tout au plus le contentieux actuel ou futur rattachable à « un rapport de droit déterminé ». Le spécialiste du droit des contrats reconnaît ici la condition de l'« objet certain qui forme la matière de l'engagement²⁶⁵ ». Mais cette condition se comprend aussi comme répondant au caractère dérogatoire, exceptionnel, de la clause, complément fonctionnel du système de compétence internationale caribéen et, à ce titre, subordonné au règlement général de l'administration du service public de la justice. Les parties, à qui il est certes loisible de restreindre la prorogation aux seuls litiges nés d'une phase quelconque du développement d'une relation déterminée, ne peuvent pas à l'inverse conclure un accord visant tous les différends susceptibles de naître entre elles à l'occasion de tout rapport de droit présent, passé ou futur qui les lierait l'une à l'autre ; elles ne peuvent pas, par convention privée, se placer de manière générale sous la juridiction de la Caraïbe et forcer, ne serait-ce que dans leurs relations mutuelles, la compétence de l'autorité judiciaire caribéenne sans même apprécier des liens que les litiges qui en naissent présentent ou non avec la vie sociale caribéenne. Une clause de juridiction illimitée exposerait au danger de la non-proximité du juge élu et consommerait un détournement d'institution demandant à la prorogation de for d'accomplir un véritable changement d'allégeance.

158. La nature particulière de l'objet de l'élection de for justifierait aussi que celle-ci, lorsqu'elle est formellement incorporée aux stipulations d'un contrat, en soit juridiquement séparable. C'est ce que prévoit l'article 10 en son second paragraphe lorsqu'il énonce que « la compétence ainsi établie s'étend à la validité

²⁶⁴Code belge de DIPr, art. 6 §2 ; *vid.* aussi le code roumain de procédure civile ; art. 1066 §3. de la LDIP suisse ; l'art. 5 §3 implique un tel pouvoir du juge de décliner sa compétence lorsqu'il en refuse l'exercice si une des parties est intégrée à l'ordre juridique suisse ou si la loi applicable est la loi suisse.

²⁶⁵Art. 1108 du Cc français.

même de l'accord ». Il s'agit en effet de l'autonomie de la clause. Cette autonomie confère au juge élu le pouvoir de prononcer sur sa propre compétence même dans le cas où le défendeur lui oppose la nullité du contrat qui renferme l'élection de for ; la validité ou la nullité du contrat sont distinctes de la validité et nullité de la clause, relevant respectivement de conditions propres, de sorte que la nullité du contrat n'implique pas nécessairement la nullité de la clause²⁶⁶ de même que la nullité de la clause n'emporte pas nécessairement la nullité du contrat.

159. L'article 10 en son paragraphe 1^{er} prend soin de préciser que l'accord d'élection de for peut résulter d'une désignation des tribunaux caribéens ou de l'un d'entre eux. L'objet reste toujours l'extension de la juridiction de la Caraïbe, mais cette extension peut s'effectuer selon deux modalités différentes. La première se contente d'une désignation globale de l'ordre juridictionnel caribéen, abandonnant au droit interne de celui-ci le soin de déterminer le tribunal spécialement compétent qu'il conviendra de saisir ; le demandeur devra donc se conformer aux règles de compétence territoriale et de compétence matérielle en vigueur dans la Caraïbe (*vid. infra*, **article 21**). La seconde modalité consiste à convenir du tribunal caribéen spécialement compétent ; une telle désignation emporte aussi élargissement du champ de la juridiction caribéenne puisque par hypothèse aucun des chefs de compétence objectifs légalement définis ne fonde la compétence d'un tribunal de la Caraïbe. Bien qu'elle corresponde à une pratique très courante et très généralement admise dans les rapports privés internationaux, cette modalité expose toutefois au risque de contrarier une règle de compétence interne impérative, spécialement une règle de compétence matérielle qui, par exemple imposerait de saisir le tribunal des relations de travail et non pas le tribunal de commerce retenu par la clause ; dans ce cas, pour autant qu'on doive considérer que la prorogation de for est fondamentalement un instrument de localisation du procès, il appartiendra au droit caribéen de décider du caractère réparable ou non du vice en fonction de l'intention des parties.

160. À la fin de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3, il est énoncé que « sauf convention contraire des parties, l'accord d'élection de for établit une compétence exclusive ». Construite sur le modèle de l'article 23 du règlement Bruxelles I, cette disposition donne aux parties la faculté de rendre tout éventuelle la saisine d'un tribunal caribéen, car elle leur conserve la liberté de s'adresser aux juges étrangers qui se reconnaissent compétents. Cette faculté se rattache à l'autonomie des parties. Mais il faut constater qu'en elle-même elle ne s'ajuste pas exactement au fondement de la licéité de l'accord d'élection de for. En enrichissant l'éventail des compétences possibles entre les parties, la faculté accentue l'imprévisibilité et encourage la course vers le tribunal. Néanmoins les juridictions de *common law*, spécialement d'obédience anglaise, présument volontiers l'absence de caractère exclusif de la

²⁶⁶CJCE, 3 juillet 1997, *Benincasa*, JDI 1998. 581, note Bischoff ; Cass. Civ. 1re, 8 juillet 2010, *Bluebell Trading Company*, D. 2010. Pan. 2333, obs. L. D'Avout, *JCP* 2010. 2246, obs. T. Clay. Mais ceci n'exclut évidemment pas que la même cause de nullité se retrouve dans les deux régimes distincts.

compétence convenue et il faut croire que ce n'est pas seulement pour légitimer le bon accueil qu'elles réservent volontiers à des causes que l'élection de for prétend diriger vers un autre juge. La pratique, soutenue par l'autorité et la sagesse du juge anglais, a persuadé que les méfaits de l'absence d'exclusivité ne devaient pas être exagérés et qu'il était possible dans une certaine mesure de laisser sur ce point l'autonomie des parties s'exprimer. L'absence d'exclusivité est donc admise, mais elle devra être négociée et convenue entre les parties et être consignée en la forme écrite de l'accord d'élection de for. Quoiqu'il tolère ce tempérament, le principe demeure celui de l'exclusivité de la compétence choisie, qui commande au plaideur de ne s'adresser qu'aux tribunaux caribéens et condamne les procédures engagées et les décisions obtenues auprès d'un juge étranger au mépris de la prorogation de for.

Article 11. Compétence générale fondée sur le domicile du défendeur et compétences spéciales. 1. Dans les contentieux autres que ceux visés à l'article 8 et à défaut de prorogation volontaire conforme à l'article 9, les tribunaux caribéens sont compétents lorsque le défendeur a ou est réputé avoir son domicile dans la Caraïbe, sans préjudice des compétences établies aux articles 13 et 14.

2. En cas de pluralité de défendeurs dont l'un au moins a son domicile dans la Caraïbe, les tribunaux caribéens sont compétents, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps.

161. *Actor sequitur forum rei*. Empruntée au code de Justinien²⁶⁷, cette règle prescrit au demandeur de porter le litige devant le tribunal du défendeur. Cette règle est reprise pour le compte des juridictions caribéennes par l'article 11 de la loi type en son premier paragraphe, avec cette précision que le *forum rei* est l'ordre juridictionnel dans le ressort duquel est situé le domicile du défendeur : lorsque celui-ci a son domicile dans la Caraïbe ou est réputé y être domicilié, les tribunaux caribéens sont compétents²⁶⁸. Il est clair que le domicile ici visé est celui que définit l'article 5 (*vid. supra*).

162. Cette référence au domicile signale un certain inflexionnement du fondement de la solution. À Rome, le droit de cité le disputait au domicile²⁶⁹ et si celui-ci l'emporta au Moyen Âge et pendant l'Ancien Régime, c'est parce qu'il s'était

²⁶⁷C. 3, 19, 3, *ubi rem in actio* ; C. 3, 13, 2, *de jurisd. omn. jud.*

²⁶⁸CONC. : Art. 3 de la loi italienne n°218 ; art. 40 de la loi vénézuélienne ; art. 3 de la loi tunisienne du 27 novembre 1998 ; art. 5 code belge de DIPr ; art. 1065 du code roumain de procédure civile ; art. 7 du projet colombien ; art. 10 du projet dominicain ; art. 56 du projet uruguayen ; art. 2 du règlement Bruxelles I.

²⁶⁹Le droit romain fondait le *forum rei* sur le *domicilium* mais aussi sur l'*origo*, sans clairement indiquer comment se distribuaient les procès entre ces deux rattachements, *vid.* C.F.v. Savigny, *Traité de droit romain*, §355.

substitué à celui-là pour refléter la sujétion de l'individu au juge. Le lien était de nature politique, un lien d'allégeance aux autorités qui disposaient à l'endroit du sujet du pouvoir d'ordonner et de punir, sans doute pour son bien et pour son salut. Le code Napoléon entérina l'éviction du domicile par la nationalité en tant que lien politique (*vid.* article 15 du code civil français) et, exaltant celle-ci, admit même la compétence des tribunaux français de la nationalité du demandeur (article 14 du code civil français). C'est ainsi qu'en un temps où l'État était moins soucieux du bien être individuel de ses sujets, il prétendait se les assujettir le plus étroitement, y compris sur le plan juridictionnel. Le droit contemporain s'est éloigné de cette représentation sans tout à fait la rejeter ; le domicile, même réduit à la simple résidence habituelle (*vid. supra*, **article 5**), conserve une signification politique puisqu'il atteste l'intégration de la personne à un milieu social déterminé et politiquement organisé, à la vie duquel celle-ci participe, jouissant des services publics et sociaux et contribuant à leur fonctionnement ; il peut alors paraître naturel, « légitime et nécessaire dans une société démocratique » de reconnaître à cette personne le droit à la protection de l'institution judiciaire de son lieu de vie.

163. Mais aujourd'hui cette considération, dans sa composante publiciste ainsi édulcorée, n'est sans doute plus dominante ; elle est en retrait par rapport à une exigence d'équité procédurale qui, depuis longtemps, la concurrençait et a fini par l'emporter. Le « juge naturel » n'est plus celui de l'allégeance politique, mais celui que désigne le « droit naturel » au moyen d'un principe essentiel de justice des intérêts privés : *ubi emolumentum, ibi onus*²⁷⁰. Parce qu'il estime l'état de choses insatisfaisant, le demandeur prend l'initiative de déclencher le fonctionnement de l'appareil judiciaire-coercitif de l'État, tandis que le défendeur pour qui au contraire l'état de choses est satisfaisant, n'entreprend rien qui puisse le modifier : il est juste que celui qui prétend tirer profit de sa démarche en assume la charge ; dès lors, si une frontière sépare les parties, c'est au demandeur de la franchir et de porter ses prétentions devant le juge du défendeur, c'est au demandeur qu'incombe la *charge de l'internationalité juridictionnelle*²⁷¹.

164. Cette interprétation plus privatiste de la règle du for domiciliaire a permis la reconnaissance d'autres chefs de compétence, des compétences « positives » (par opposition au « juge naturel ») ou « spéciales » (dans le langage de Savigny, repris par le règlement Bruxelles I). En effet si, en matière civile et commerciale, l'intérêt privé doit être l'objet d'une considération primordiale dans l'organisation du contentieux judiciaire et dans la détermination du tribunal à saisir, l'exigence de bonne administration de la justice vient concurrencer *actor sequitur* ; cette exigence a pour objectif d'unir à une exacte appréciation des faits une correcte application du droit, or le tribunal du domicile du défendeur n'est pas toujours en pratique celui de l'État sur le territoire duquel les faits de la cause se sont produits et sont accessibles, ni celui dont le droit déterminera la solution du litige. La bonne administration de la

²⁷⁰Inst. I, 17, de *legitima patronorum tutela*.

²⁷¹M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal internacional. Litigación internacional*, Civitas, 2000, n.87.

justice qui tend à apporter la protection optimale des intérêts des parties implique une certaine proximité du juge que ce soit à l'égard des faits de la cause ou que ce soit à l'égard du droit qu'il convient de leur appliquer. C'est ainsi que les **articles 13 et 14** de la loi type admettent la compétence des tribunaux caribéens dans toute une série de cas où le défendeur n'est pas domicilié dans la Caraïbe, mais où la matière litigieuse implique une certaine localisation en ce pays du rapport à juger. De la sorte, s'ouvre au demandeur une option sur le plan de la compétence internationale. C'est ce que vient consacrer le dernier membre de la phrase composant le premier paragraphe de l'**article 9**.

165. Le poids de la considération de l'intérêt des particuliers se ressent sur deux autres points. D'un côté, il soustrait à ce qui serait l'effet négatif du *forum rei* toutes les causes qui sont l'objet d'une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux caribéens : quoique le défendeur ne soit pas domicilié dans la Caraïbe, le demandeur bénéficie de la juridiction caribéenne parce qu'il en est valablement convenu avec le défendeur (**article 10**). Les parties sont réputées être les mieux qualifiés pour apprécier leurs propres intérêts. D'un autre côté, en sens inverse, ce poids de l'intérêt privé est insuffisant pour attirer dans le champ du *forum rei* les cas qui, du point de vue caribéen, sont l'objet de compétences exclusives dont les chefs se concrétisent hors de la Caraïbe (**article 9**) ; dans la mesure où ces compétences répondent à des exigences d'intérêt collectif ou public, elles l'emportent sur l'*utilitas privatorum*.

166. En adoptant ce mode d'organisation de la compétence internationale, la loi type rallie la tradition romano-canonique ou de *civil law*. Les cours de *common law* cultivent en principe une conception très différente, traditionnellement territorialiste, préférant au *forum rei* le rattachement par le *service* dans le ressort, c'est-à-dire par le lieu de la remise au défendeur de la citation à comparaître. Bien que cette solution ait été considérablement tempérée, elle reste l'axe du système de compétence de ces cours. Mais, l'arrimage au Vieux Continent opéré par l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne a entraîné cette conséquence que les cours anglaises appliquent désormais de plus en plus souvent le règlement Bruxelles I ; dans cet exercice, elles ont démontré qu'elles n'étaient pas moins bien armées que les tribunaux des autres États membres devant les difficultés que rencontre l'application de cet instrument qui est la réalisation la plus moderne de la tradition romano-canonique.

167. En son second paragraphe, l'article 11 établit une compétence dérivée des tribunaux caribéens pour le cas où l'action du demandeur serait dirigée contre plusieurs co-défendeurs. Dans cette hypothèse, l'exigence d'économie procédurale – qui entend prévenir dans l'intérêt des parties la multiplication des procédures et l'augmentation des coûts et délais – recommande la réunion des demandes en une seule instance. Souhaitable, cette concentration du contentieux n'est cependant admise que sous conditions : il faut que l'un des défendeurs soit domicilié sur le territoire caribéen et il faut aussi que les demandes soient unies par un lien si étroit qu'il y a lieu de les instruire et juger ensemble.

168. La *vis attractiva* produisant la compétence dérivée est reconnue au seul chef de compétence domiciliaire établi au paragraphe 1^{er} de l'article 11. Il s'ensuit par exemple que, plusieurs débiteurs étant tenus de la même dette, il ne suffit pas que l'un seul d'entre eux soit domicilié dans la Caraïbe pour que les tribunaux caribéens soit compétents ; encore faut-il que la demande soit effectivement dirigée contre ce débiteur domicilié et il n'est pas prévu d'étendre la compétence domiciliaire si elle n'a pas été activée par le demandeur. Mais il n'est pas nécessaire que cette compétence du *forum rei* soit activée en tant que telle, en termes exprès, sur la base de l'article 11, §1^{er} ; la demande qui se fonderait sur une compétence spéciale pour saisir un tribunal qui serait par ailleurs celui du domicile de l'un des co-défendeurs exercerait la même force d'attraction et permettrait de concentrer le contentieux devant ce *forum rei*. En revanche, si la même coïncidence se présentait avec un for exclusif ou un for convenu, le paragraphe 1^{er} écarterait le *forum rei* et partant la compétence qui aurait pu en être dérivée (*vid. supra*, n° 140).

169. La seconde condition requise est qu'il existe « entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs, un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément » ; ainsi formulée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes²⁷², cette exigence a été reprise presque dans les mêmes termes par le règlement Bruxelles I. Elle indique clairement que l'économie procédurale n'est pas un impératif si puissant qu'il autorise en tout cas à négliger l'équité procédurale au détriment des co-défendeurs non domiciliés. Pareil sacrifice n'est envisageable que si le bénéfice qu'il promet est tangible ; c'est pourquoi, dans le droit de l'Union, le lien de connexité entre les demandes est exigé et le péril qu'il y aurait à le méconnaître est représenté. La loi type se montre moins stricte, la connexité n'est pas mentionnée ni l'inconciliabilité de décisions. Il s'agit là de notions difficiles à définir comme le montre la jurisprudence de la Cour de justice²⁷³ et il a paru plus prudent à la loi type de se limiter à un énoncé qui dénote bien le rapport coût-avantage mais, ne préjugant pas des éléments permettant d'établir celui-ci, laisse à chaque État le soin de les préciser.

Article 12. *Derogatio fori.* Toutefois, la compétence des tribunaux caribéens résultant de l'article 11 peut être écartée par un accord d'élection de for en faveur d'un tribunal ou des tribunaux d'un pays étranger. En ce cas, les tribunaux caribéens sursoient à statuer jusqu'à ce que le tribunal saisi sur le fondement de l'élection de for se déclare incompétent.

²⁷²CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis* (aff. 189/87).

²⁷³CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne* (C-51/97), 13 juillet 2006, *Roche Nederland BV* (C-539/03), et *Reicsh Montage AG* (C-103/05) et 11 octobre 2007, *Freeport Plc* (C-98/06).

170. L'article 12 souligne le double caractère unilatéral et formellement particulariste de la législation de droit international privé que la loi type apportera à chaque État qui l'adoptera²⁷⁴. Lorsque les règles de compétence internationale sont de source multilatérale – ou commune à plusieurs ordres juridiques – il n'est nullement nécessaire, dans les rapports entre les États qu'elles lient, de dissocier le traitement des accords d'élection de for et de consacrer des dispositions différentes à la prorogation et à la dérogation de compétence. Soumis dans l'un et l'autre for qu'elle affecte à un régime commun, l'élection accède pareillement à la validité au regard de l'un et au regard de l'autre et ajuste son effet dérogatoire sur son effet prorogatoire.

Partant de l'hypothèse encore actuelle qui conserve à chaque État souverain la maîtrise de son droit international privé, la loi type sépare la question de l'extension de la juridiction de celle de son rétrécissement. Pour résoudre la première, il n'est nul besoin de se préoccuper du point de vue de l'État étranger aux tribunaux duquel l'accord soustrait le litige, il suffit de définir les conditions auxquelles le for élu subordonne sa saisine. En revanche, lorsqu'il s'agit d'enlever la cause aux tribunaux du for (du for caribéen exclu), il convient pour celui-ci, en déterminant les conditions de cette soustraction, d'intégrer le point de vue du for élu, pour s'assurer que ce dernier est disposé à entendre la cause et rendre justice aux justiciables qui l'ont choisi ; le for caribéen exclu ne retirera l'offre de justice que font ses règles de compétence donnant accès à ses tribunaux que si le choix des plaideurs est accepté par le for élu. Cette prise en compte peut s'effectuer de manière abstraite sur le plan des conditions de validité de la dérogation ou de manière concrète sur celui de la procédure. L'article 12 a préféré le plan de la procédure pour consulter le point de vue du for élu.

171. Cette option n'interdit évidemment pas de soumettre par ailleurs la *derogatio fori* à un encadrement correspondant à son objet, lequel ne se limite pas à choisir une juridiction étrangère mais tend à éliminer la juridiction du for. En retenant le terme d'*accord d'élection de for* pour désigner la convention de juridiction, l'article 12 procède à une qualification qui commande, de manière quasi implicite, de subordonner aux conditions de l'**article 10** la validité de la dérogation. L'instauration de la protection spéciale des parties faible et de la protection générale de tous les justiciables ne sont pas moins nécessaires lorsqu'il s'agit de s'écarter des tribunaux ; de même, les limitations imposées à l'autonomie sont tout aussi fondées ici que dans le cas de l'accord de prorogation.

172. Il faut simplement relever cette différence qui cantonne l'effet dérogatoire de l'autonomie des parties aux seules compétences caribéennes fondées sur l'article 11, c'est-à-dire sur le domicile du défendeur. Du point de vue caribéen, cette restriction abrite de l'autonomie des parties les compétences exclusives de l'**article 9** et les compétences spéciales de l'**article 13** en matière de droit des personnes et de la famille qui sont impératives, mais aussi les compétences spéciales en matière

²⁷⁴CONC. : Art. 5 de la loi suisse LDIP; art. 4 de la loi n° 218 (Italie) ; art. 7 du code belge de DIPr ; art. 47 de la loi vénézuélienne ; art. 17 du projet argentin ; art. 17 du projet panaméen.

patrimoniale de l'**article 14** ; il s'ensuit, par exemple, que les contractants qui seraient convenus d'une clause leur permettant de s'adresser à un ou aux tribunaux d'un État étranger alors que l'**article 14** leur ouvre l'accès à la juridiction de la Caraïbe, conservent la faculté de saisir les tribunaux caribéens. Cette dissymétrie par rapport à l'**article 10** est contestable dans la mesure où elle confère au contractant le plus rapide à soulever le contentieux, la faculté de se dédire de son engagement ; sans doute, la loi type a-t-elle ici considéré qu'il n'était pas possible de priver un justiciable des bienfaits de la juridiction caribéenne et que cette indérogabilité devait être prise en compte par les deux parties lors de la conclusion de l'accord. Si cet accord est jugé valable et efficace par le for élu, il pourra être respecté par les parties et la décision qui sera prononcée par le juge étranger sur cette base pourra même être reconnue dans la Caraïbe en ce qu'elle n'implique pas de contravention à l'**article 74, iii**. Il reste cependant que la perspective d'une telle issue ne compense qu'imparfaitement la perte que subit la clause dans son utilité, qui est d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique.

173. L'article 12, seconde phrase, a choisi la voie procédurale pour introduire la prise en considération du point de vue du for élu. Cette prise en considération interviendra lorsque le juge caribéen du *forum rei* sera saisi par l'une des parties au mépris de la clause. Dans ce cas, l'exception d'incompétence, éventuellement soulevée à l'initiative du juge, et dont le bien-fondé serait admis doit conduire au sursis à statuer, à la suspension de la procédure. Sans doute aurait-il été possible de se montrer plus dogmatique et de prescrire ici qu'une fois constatée la validité de la clause, il soit mis fin à l'instance devant le tribunal caribéen. Cette solution aurait toutefois exposé le demandeur et même son adversaire à se confronter à un vide juridictionnel dans le cas où le droit du for élu frappe la clause de nullité. Liant concrètement l'effet dérogatoire à l'effet prorogatoire, la loi type a préféré une solution moins radicale qui ne débouche sur le dessaisissement du juge caribéen que s'il est avéré que le tribunal vers lequel l'affaire est transférée est disposé à connaître du procès ; il n'y aura pas à attendre longtemps si ce for élu est simultanément saisi et, dans le cas contraire, les parties mettront à profit le sursis à statuer pour obtenir une décision sur ce point. L'article 12 n'assigne cependant aucun délai pour recueillir cette information ; il faut donc croire que si celle-ci tarde à venir, c'est que les diligences des parties ont été insuffisantes et que cette insuffisance autorise la présomption qu'elles ont renoncé à une éventuelle saisine du juge élu. Aussi bien, il est permis de penser que lorsque le silence sur la position du for élu se sera prolongé sur une durée raisonnable, l'instance devant le juge caribéen pourra reprendre à la demande de l'une ou l'autre des parties. Cette voie judiciaire de prise en considération du point de vue du for élu n'est peut-être pas parfaite, mais elle semble plus performante que la voie d'une règle abstraite qui imposerait d'abord aux parties, puis le cas échéant au juge, de se reporter au droit étranger pour s'assurer de la validité de l'accord.

Article 13. Droit de la personne et de la famille. Sans préjudice des compétences établies aux articles précédents, les tribunaux caribéens sont compétents :

i) en matière de déclaration d'absence ou de décès, lorsque la personne qui en est l'objet a eu sa dernière résidence habituelle en territoire caribéen ; les tribunaux caribéens connaissent aussi de la déclaration d'absence ou de décès lorsqu'elle forme l'objet d'une question incidente à la question principale dont ils sont saisis ;

ii) en matière d'incapacité et de mesures de protection de la personne ou des biens des mineurs et incapables, lorsque le mineur ou l'incapable a son domicile ou sa résidence habituelle dans la Caraïbe ;

iii) en matière de mesures de protection de la personne ou des biens des majeurs, lorsque le majeur a son domicile ou sa résidence habituelle dans la Caraïbe ;

iv) en matière de relations personnelles et patrimoniales entre époux, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, lorsque les époux ont tous les deux leur résidence habituelle dans la Caraïbe au moment de la demande ou lorsqu'ils ont eu leur dernière résidence habituelle commune dans la Caraïbe et que le demandeur continue de résider dans la Caraïbe au moment de la demande, de même que lorsque les deux époux ont tous les deux la nationalité caribéenne ;

v) en matière de filiation lorsque l'enfant a sa résidence habituelle dans la Caraïbe au moment de la demande ou lorsque le demandeur est Caribéen et réside dans la Caraïbe depuis au moins six mois au jour de la demande ;

vi) en matière de formation de l'adoption lorsque celui qui en est l'objet a sa résidence habituelle dans la Caraïbe ou partage avec l'adoptant la nationalité commune caribéenne ;

vii) en matière d'aliments, lorsque le créancier a sa résidence habituelle en territoire caribéen et lorsque la demande d'aliments se joint à une action d'état à l'égard de laquelle les tribunaux caribéens sont compétents.

174. Le présent article reprend les fors spéciaux *ratione materiae* en matière de droit de la personne et de la famille²⁷⁵. La dénomination « fors spéciaux » reflète graphiquement et sémantiquement la nature même de ces fors. Le demandeur, si le litige ne porte pas sur un domaine relevant d'une compétence exclusive ou ne requiert pas une introduction d'instance par les deux parties, offre un double choix. D'une part, il peut être déposé une demande devant les tribunaux du domicile du défendeur, d'autre part, la demande peut être déposée conformément aux règles de compétence judiciaire spéciale *ratione materiae* correspondante, ce qui ouvre une possibilité supplémentaire d'introduire une demande. Ces fors sont fondés sur le

²⁷⁵CONC. : art. 22.3 LOPJ (Espagne) ; art. 12 du projet dominicain de DIPr; règlement Bruxelles II bis.

principe de proximité et consistent à désigner les tribunaux compétents au regard de la nature même du litige. Toutefois, dans les autres cas, la neutralité du principe de proximité cède le pas aux fors de protection, dès lors qu'il existent une partie faible au litige comme un consommateur, un assuré, travailleur, etc.

Dans le cas où les juridictions caribéennes seraient dépourvues de compétence en vertu des fors généraux (**articles 10 et 11**), ou si la matière n'entre pas dans le champ de compétence exclusive des tribunaux caribéens (**article 9**), la compétence des juridictions caribéennes pourra être attribuée, *ratione materiae*, par les fors spéciaux prévus dans cet article. Chaque for régit une matière particulière ou une institution ou relation juridique concrète au sein d'une même matière. De ce fait, il est impossible que pour la même matière, il revienne à deux fors de déterminer la compétence judiciaire internationale.

Les fors spéciaux, de par leur nature et leur fonction, doivent être interprétés de façon restrictive, qu'il s'agisse des fors de protection ou des fors neutres. Ils constituent une exception au for du domicile du défendeur et, en tant que tel, ils doivent être interprétés de façon restrictive afin de garantir un niveau élevé de prévisibilité des règles de compétence judiciaire internationale. Toutefois, les interprétations restrictives qui consistent à confondre le for spécial avec la compétence générale du défendeur n'ont pas lieu d'être. Le for spécial offre, précisément, un for alternatif au for du domicile du défendeur. C'est précisément pour cela que dans la majorité des cas, le for spécial peut coïncider avec le for du domicile du demandeur, sans que pour cela il devienne un for exorbitant²⁷⁶. En effet, dans ce cas il se fonde sur des indices de proximité raisonnables et spécifiques comme le lieu d'exécution de l'obligation, le lieu où le dommage s'est produit, le siège de l'établissement secondaire ou de l'agence, etc.

175. Il en est de même avec l'**article 14** (*vid. infra*) de la loi type, dont la teneur littérale laisserait à penser qu'il existe un système hiérarchisé des fors de compétence. Ainsi, les fors exclusifs auraient un caractère prioritaire, dès lors qu'il existerait un lien suffisant permettant d'attribuer la compétence à nos juridictions. À défaut, il faudrait s'en remettre aux fors généraux et seulement si ceux-ci s'avéraient inopérants, il faudrait alors désigner les tribunaux caribéens compétents sur le fondement des fors spéciaux *ratione materiae* « sans préjudice des compétences établies aux articles précédents ». L'explication faite d'une telle structure de la loi type fondée sur une hiérarchie, n'est toutefois pas très heureuse et nombre d'arguments peuvent la remettre en cause. En premier lieu, recourir à une méthode hiérarchisée est inapproprié et contraire à la nature même des règles de compétence. Cette méthode fonctionne parfaitement pour les règles de droit applicable et plus précisément pour les règles de conflit où il est possible et fréquemment utile d'articuler des liens hiérarchisés à partir d'un critère rationnel ou d'un point de vue matériel. Cette méthode fonctionne car la règle de conflit est aussi concrète que la détermination de la loi applicable et varie selon s'il s'agit du premier, deuxième, troisième ou quatrième point de rattachement selon l'ordre de priorité établi. De

²⁷⁶P. Buisson, *La notion de for exorbitant (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1996.

même, la méthode fondée sur le rapport hiérarchique fonctionne dans les traités internationaux ou pour les règles uniformes qui lient plusieurs États, comme cela peut être le cas du règlement Bruxelles I, vu que les différents fors qu'ils prévoient s'intègrent comme norme de compétence de type bilatéral ou multilatéral. Cependant, la méthode fondée sur le rapport hiérarchique manque de logique concernant les règles nationales de compétence en DIPr. En effet, celles-ci sont par nature unilatérales et le résultat de tout for de compétence en application des articles 9 et suivants de la présente loi type est toujours le même : attribuer la compétence aux tribunaux caribéens.

Les compétences générales déterminent les tribunaux caribéens compétents sans ne faire aucune référence aux matières concernées. Il s'agit des deux fors prévus aux **articles 10 et 11**. Le reste sont des fors spéciaux qui sont énoncés au regard de la matière dont ils traitent (**articles 13 et 14**). Cependant, tous les fors spéciaux *ratione materiae* ne présentent pas les mêmes caractéristiques. Il existe en fait, deux types de fors spéciaux : les fors exclusifs et les fors concurrents. Les premiers sont énoncés à l'**article 9**. Les autres sont dispersés aux **articles 13 et 14**. La différence entre les deux porte sur le fait que les premiers impliquent une compétence exclusive des tribunaux caribéens ce qui empêche radicalement la reconnaissance d'un jugement étranger dont ils auraient à connaître dans de telles circonstances. Les seconds, même s'ils attribuent la compétence aux tribunaux caribéens, sont dénommés concurrents car ils n'excluent pas la possibilité de reconnaître un jugement rendu par une juridiction étrangère qui se serait déclarée compétente au regard de ces mêmes critères ou sur d'autres critères mais qui seraient considérés comme étant raisonnables. Il convient de souligner, cependant, que parmi les fors concurrents, certains, pour cause concrète de *ratione materiae* sont susceptibles d'être qualifiés de « fors de protection » (pension alimentaire ou filiation) et reflètent très nettement le besoin de protéger la partie faible de la relation en question.

176. La déclaration d'absence et la déclaration de décès constituent des actes de juridiction gracieuse qui sont intimement liées entre eux et qui relèvent plus de la protection des biens du déclaré absent ou décédé et des intérêts des tiers, que de la personnalité juridique. Il s'agit d'institutions qui présentent une grande hétérogénéité en droit comparé, de sorte que seuls certains ordres juridiques connaissent la déclaration d'absence ou de décès, les autres mêlant les deux notions, ce qui dans tous les cas conduit à une très grande diversité de procédure, de contenu ou d'effets.

Le paragraphe i) du présent article prévoit la compétence des tribunaux caribéens, en matière de déclaration d'absence ou de décès, dès lors que le disparu aura établi son dernier domicile sur le territoire caribéen. Ce for se justifie par le lien étroit qu'implique le domicile, tant au regard de la personne que de ses biens. Il garantit ainsi le lien de proximité ainsi que l'effectivité de la décision et des mesures de protection adoptées. D'un point de vue procédural, il s'avère également en adéquation puisqu'il permet de procéder à un rattachement spécial au regard des circonstances de la disparition, aussi ce rattachement n'a-t-il pas lieu d'être dès lors que la personne disparaît, avec certitude, dans un autre pays. La règle de compétence a fait l'objet de critiques quant à son caractère restrictif, lui préférant le recours au for de la résidence habituelle, en soi plus large, ou même l'ouverture dans certains

cas du for de la nationalité. Mais, surtout, cela porte atteinte aux intérêts des tiers (membres de la famille, héritiers présumés...) qui sont également visés par le droit matériel, et cela peut entraîner de véritable situation de déni de justice. En particulier, il ne faut pas écarter la possibilité de justifier la compétence des tribunaux caribéens en tant que for de nécessité, dans les nombreux cas de conflits négatifs de compétence, surtout quand l'État dans lequel l'absent avait son dernier domicile, retient le for de la nationalité de l'absent²⁷⁷.

La possibilité d'adopter des mesures conservatoire comme celles prévues dans la loi du for au regard du principe de défense des biens du disparu ouvre les voies de compétence judiciaire internationale visées à l'**article 16** de la loi type dès lors que les biens se trouve dans la Caraïbe et que ces mesures doivent être exécutées dans ce pays.

177. La majorité n'implique pas la capacité juridique dans le cas où une maladie ou une déficience physique ou psychique surviendrait, justifiant de ce fait la déclaration d'incapacité. Dans le cas des personnes majeures, la déclaration d'incapacité est une condition préalable et indispensable pour adopter la plupart des mesures de protection. Le cas est différent quand il s'agit d'enfants mineurs. Les mesures de protection des mineurs qui sont visées au paragraphe ii) du présent article s'imposent par le simple fait d'être mineur, sans qu'il soit nécessaire de déclarer une incapacité. Bien entendu, il est également possible de décider de la mise sous protection préventive des mineurs atteints d'une cause d'incapacité car celle-ci est susceptible de persister une fois que le mineur aura atteint l'âge de la majorité. Cela n'empêche d'ailleurs pas que d'autres mesures soient, en complément, mises en place afin de protéger spécifiquement l'incapable mineur. Dans le cas des majeurs incapables mentionnés au paragraphe iii) la déclaration d'incapacité est une étape préalable indispensable à l'adoption des mesures de protection comme la tutelle ou certains types de curatelle.

La déclaration d'incapacité est une condition préalable à l'adoption de mesures de protection de l'incapable, et ce indépendamment du fait que les deux puissent être prononcées concomitamment dans la même procédure judiciaire. Il est entendu que si la déclaration d'incapacité est rendue par un jugement étranger, elle sera susceptible de produire ses effets dans la Caraïbe au travers de la reconnaissance du jugement ou de l'exequatur. Au titre du présent article, les organes juridictionnels caribéens seront compétents dès lors que la personne présumée incapable aura sa résidence habituelle dans la Caraïbe. Il s'agit d'un critère manifestement raisonnable, car si la personne vit de façon stable sur le territoire caribéen, il revient naturellement aux tribunaux caribéens et aux juges caribéens plus précisément d'apprécier les causes et l'origine de la perte de capacité. Toutefois pour que des mesures de protection ou des mesures provisoires puissent être adoptées, et particulièrement pour un internement dans un établissement spécialisé, il suffira que la personne concernée se trouve dans la Caraïbe, même s'elle n'y a pas sa résidence, ou que ses

²⁷⁷P. A. de Miguel Asensio, "La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, pp. 41-70.

biens se situent dans la Caraïbe. L'urgence de ces mesures justifie largement ces deux critères.

Si la déclaration d'incapacité est une condition préalable à l'adoption des mesures de protection définitives de l'incapable majeur, il n'en demeure pas moins que cela ne s'applique pas aux mesures provisoires ou urgentes susceptibles d'être adoptées. Habituellement les mesures spécifiques de protection, comme l'internement, peuvent être adoptés au cours de la même procédure ou bien les mesures comme le placement sous tutelle ou curatelle peuvent être adoptées immédiatement après la déclaration d'incapacité. Dans certains cas, comme la curatelle pour prodigalité, l'adoption de mesures de protection n'exige pas la déclaration préalable d'incapacité, la curatelle visant davantage les personnes présentant un degré plus élevé de discernement. Par conséquent, il convient que la loi type ait adopté des fors de compétence identiques en matière d'incapacité et de mesures de protection de la personne ou de ses biens, attribuant la compétence aux tribunaux caribéens quand l'incapable réside habituellement dans la Caraïbe.

La loi type prévoit que la compétence générale est fondée sur la résidence habituelle prenant bien en compte l'intérêt supérieur du mineur et le principe de proximité comme critères déterminant ses règles de compétence judiciaire internationale. Le concept de « résidence habituelle » affirme clairement que la seule présence physique ne suffit pas à considérer qu'il existe une résidence habituelle du mineur mais qu'il faudra la déterminer au regard de chaque cas d'espèce. Pour ce faire, il faudra conjuguer plusieurs facteurs afin de conclure si la présence physique est simplement temporaire ou occasionnelle ou si elle reflète, au contraire, l'intégration du mineur dans un environnement social et familial. Par conséquent, il faut prendre en compte la durée, la régularité, les conditions et les motifs du séjour sur le territoire de l'État membre et du déplacement de la famille dans cet État, la nationalité du mineur, le lieu et les conditions de sa scolarisation, les connaissances linguistiques qu'il a, les relations familiales et sociales entretenues par l'enfant dans cet État, l'achat ou la location d'un logement par les parents voire la demande déposée pour obtenir un logement social. Par contre, le fait que l'enfant mineur mène une vie errante dans un État durant une courte période de temps pourra constituer un critère contraire. Si la détermination de la résidence habituelle du mineur dans un État membre s'avère impossible, sa seule présence sur le territoire d'un État pourra déclencher l'attribution du for de nécessité prévu à l'**article 15** de la loi type.

178. Le paragraphe iv) établit un régime préférentiel qui détermine la compétence judiciaire internationale des tribunaux caribéens pour trancher des litiges portant sur les personnes et le patrimoine dans les relations conjugales et en matière de divorce. Trois fors de compétence alternatifs sont instaurés. Tout d'abord, les tribunaux caribéens peuvent être compétents si les deux époux ont leur résidence habituelle dans la Caraïbe au moment où ils déposent leur demande. S'ils n'ont pas de résidence habituelle commune lors du dépôt de la demande, les tribunaux caribéens seront considérés comme compétents si les deux époux ont eu leur dernière résidence habituelle commune dans la Caraïbe et si le défendeur continue d'y résider lors du dépôt de la demande. Enfin, les tribunaux caribéens seront considérés comme compétents si les deux époux ont tous les deux la nationalité caribéenne.

Les règles de compétence judiciaire internationale en question, en particulier celles relatives aux procédures de séparation et de divorce, posent le problème de leur domaine d'application. Plus précisément, il s'agit de connaître l'étendue de cette compétence accessoire appliquée à des questions qui sont habituellement résolues dans ce type de procédure à savoir : la garde des enfants, la pension alimentaire, la filiation. Cette possibilité sera analysée pour chaque domaine concerné. Dans tous les cas, les tribunaux caribéens utiliseront leurs règles de compétence judiciaire internationale pour réviser les mesures adoptées dans une procédure de séparation ou de divorce adoptées à l'étranger. Pour ces cas, il convient de s'orienter vers une reconnaissance « automatique » ou « probatoire » du jugement rendu à l'étranger dans une procédure matrimoniale, sans demander son exequatur comme condition préalable. En outre, l'incidence des mesures conservatoires dans ce type de procédure impose de rappeler les termes de l'article 16 de la loi type qui attribue la compétence aux tribunaux caribéens.

179. À défaut de convention internationale, la compétence judiciaire internationale des tribunaux caribéens en matière de filiation et de filiation paternelle sera déterminée conformément au paragraphe v), et ce sous réserve des dispositions qui ont été mentionnées en matière de protection des mineurs. Cet article prévoit deux fors spéciaux en matière de filiation. En premier lieu, quand l'enfant a sa résidence habituelle dans la Caraïbe au moment du dépôt de la demande, et en second lieu, quand le demandeur est caribéen et qu'il réside habituellement dans la Caraïbe depuis au moins six mois avant le dépôt de la demande. Dans tous les cas, le for spécial correspond aux fors généraux qui reconnaissent la compétence des tribunaux caribéens quand le domicile du défendeur se trouve dans la Caraïbe, où quand les parties s'en remettent expressément ou tacitement aux tribunaux caribéens.

De même, le paragraphe vi) vise deux fors de compétence à titre subsidiaire en matière de procédure d'adoption, d'une part les tribunaux caribéens seront compétents si l'adopté réside habituellement dans la Caraïbe ou si l'adoptant et l'adopté sont tous deux de nationalité caribéenne.

180. Enfin, le paragraphe vii) porte sur la pension alimentaire. La question de l'autonomie de l'obligation alimentaire a constitué le problème initial à résoudre dans un contexte international. Si les cas de pensions alimentaires entre parents, y compris les conjoints vivant ensemble ou séparés de fait, qui sont susceptibles de constituer une catégorie autonome, les obligations alimentaires peuvent découler et se rattacher directement aux institutions juridiques spécifiques, qui sont dotées de leur propre régime légal comme la responsabilité extracontractuelle, la nullité du mariage, la séparation, le divorce, la tutelle, le contrat, le legs successoral, etc. Dans ces cas, le principe de base se fonde sur l'application des règles de DIPr pour les institutions qui font l'objet du litige sur l'obligation alimentaire. De ce fait, il conviendra d'appliquer les fors de compétence et les règles de conflit portant sur les contrats, sur la responsabilité extracontractuelle, les successions, etc.

La détermination de la compétence judiciaire internationale des tribunaux caribéens en matière d'aliments est atténuée, comme nous venons de le voir, par la nature de la dette alimentaire. La diversité des motifs susceptibles de justifier qu'une

obligation alimentaire soit demandée en justice ouvre la voie à l'application des règles de compétence judiciaire internationale propres à certains domaines (contrat, responsabilité extracontractuelle, successions...). Il convient, dès lors, de déterminer les critères de compétence judiciaire internationale qui interviennent pour les demandes fondées sur des prestations alimentaires, et plus précisément celles entre parents ou conjoints. La loi type établit à cet effet deux fors de compétence à titre subsidiaire. En premier lieu, quand le créancier a sa résidence habituelle sur le territoire caribéen et, en second lieu, quand la demande alimentaire entre dans une procédure relative à l'état civil et pour laquelle les tribunaux caribéens sont compétents.

Article 14. Droit patrimonial. 1. Sans préjudice des compétences établies aux articles précédents, les tribunaux caribéens sont compétents dans les matières suivantes :

- i) les obligations contractuelles nées ou devant être exécutées dans la Caraïbe ;**
- ii) les obligations non contractuelles lorsque le fait dommageable s'est produit ou pourrait se produire en territoire caribéen ou lorsque l'auteur du dommage et la victime ont l'un et l'autre leur résidence dans la Caraïbe ; les tribunaux caribéens compétents en matière pénale sont également compétents pour prononcer sur la responsabilité civile des dommages découlant de l'infraction ;**
- iii) les litiges relatifs à l'exploitation d'une succursale, agence ou établissement commercial quand ceux-ci se situent en territoire caribéen ;**
- iv) les contrats conclus par les consommateurs lorsque le consommateur a son domicile dans la Caraïbe tandis que l'autre partie exerce dans la Caraïbe ou, par quelque moyen, dirige vers la Caraïbe les activités professionnelles dans le cadre desquelles le contrat a été conclu. Dans les autres cas, la règle énoncée à l'alinéa i) ci-dessus s'applique au contrat de consommation ;**
- v) les assurances, lorsque l'assuré, le preneur d'assurance, la personne lésée ou le bénéficiaire de l'assurance ont leur domicile dans la Caraïbe ; l'assureur peut également être attiré devant les tribunaux dominicains si le dommage est subi dans le territoire caribéen et s'il s'agit d'assurance de responsabilité civile ou d'assurance portant sur des biens immobiliers, ou, en cas d'assurance de responsabilité civile, si les tribunaux caribéens ont compétence pour connaître de l'action de la personne lésée contre l'assuré en vertu du paragraphe 2 du présent article ;**
- vi) les actions relatives aux biens meubles, lorsque ceux-ci sont situés en territoire caribéen au moment de la demande ;**
- vii) les successions, lorsque le défunt avait son dernier domicile dans la Caraïbe ou possédait des biens immobiliers dans la Caraïbe.**

2. En matière de contrats de travail, les employeurs peuvent être attirés devant les tribunaux caribéens si le travail est accompli habituellement dans la Caraïbe ; ou, si le travail n'est pas accompli habituellement dans un même pays, lorsque l'établissement qui a embauché le travailleur est situé dans la Caraïbe.

181. L'énumération concise des fors spéciaux *ratione materiae* contenue dans cet article en matière patrimoniale est dans la continuité de celle contenue dans l'**article 13** en matière non patrimoniale. Aussi, et sous réserve de la compétence des tribunaux caribéens pour l'adoption des mesures conservatoires ou de garantie portant sur les personnes ou les biens se trouvant sur le territoire caribéen et devant être exécutées dans la Caraïbe (**article 16**), l'article 14 diminue le champ de compétence judiciaire internationale des tribunaux caribéens²⁷⁸. La portée des fors spéciaux justifie la structure interne de la compétence judiciaire internationale de la présente loi type en s'inspirant clairement sur le principe de proximité raisonnable. Ces fors révèlent une compétence appropriée, acceptable et justifiée des tribunaux caribéens. Cette compétence ne peut être modulée que dans quelques fors quand il s'agira de fors de protection qui exigent une réponse spécifique parfois très restrictive.

182. Le paragraphe i) relatif aux obligations contractuelles prévoient deux fors spéciaux au bénéfice des tribunaux caribéens en matière d'obligations contractuelles : le *forum executionis* et le *forum celebrationis*. La loi type, du fait de son caractère unilatéral, opte pour une interprétation extensive des fors dans le paragraphe i). De ce fait, elle évite des situations instables de privation des droits de la défense ou de *non liquet*, qui sont peu compatibles avec le principe de la protection judiciaire effective. Pour cette raison, il convient de prendre en considération le contrat passé entre absents, non seulement quand l'offre a eu lieu dans la Caraïbe, mais aussi quand l'un des éléments essentiels de la formation du contrat (y compris l'acceptation) a eu lieu sur le territoire caribéens. Premièrement, le paragraphe en question se réfère au lieu où l'obligation doit être exécutée à savoir la Caraïbe. Apparemment, l'interprétation de ce critère pourrait être similaire à celle du for prévu à l'article 5.1° du règlement Bruxelles I²⁷⁹, du fait qu'il se réfère à l'obligation objet de la demande. Toutefois, ce sens ne peut pas atténuer l'interprétation d'une norme nationale, et à plus forte raison si l'ajout du for de conclusion du contrat marque une différence notable de critère. Deuxièmement, bien que littéralement l'article se réfère à la Caraïbe, comme lieu d'exécution de l'obligation objet de la demande, de la même manière, une interprétation plus large pourrait aller jusqu'à admettre une demande qui porterait sur l'obligation de paiement dès lors que la Caraïbe sera le lieu d'exécution de l'obligation née du contrat.

183. En marge des solutions prévues par les conventions internationales, le paragraphe ii) vise deux fors spéciaux qui sont des alternatives aux fors généraux prévus aux **articles 10 et 11**. Le premier est le *forum delicti commissi*, qui n'a pas

²⁷⁸CONC. : art. 22.3 LOPJ (Espagne); art. 13 du projet dominicain ; règlement Bruxelles I bis.

²⁷⁹Art. 7.1 a) du règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (règlement Bruxelles I bis).

encore posé de problèmes d'interprétation dans les organes juridictionnels caribéens. Le second est la résidence habituelle commune dans la Caraïbe de l'auteur du dommage et de la victime, qui tend à être absorbé par le for du domicile du défendeur. Ces fors s'appliquent de manière générale à tous les cas de responsabilité civile extracontractuelle relative tant aux accidents de la route qu'aux conséquences directes pour préjudice environnemental. Dans la grande majorité des cas, la responsabilité civile extracontractuelle ne présente aucune difficulté quant à la détermination du lieu où s'est produit ou où pourrait se produire le fait dommageable. Par conséquent, même lorsque la relation extracontractuelle internationale est caractérisée par des éléments du fait illicite potentiellement situés dans différents États, la détermination du lieu du fait dommageable représente généralement une réalité vérifiable et démontrable. En effet, il s'agit d'éléments factuels et réparables qui indiquent presque immédiatement le lieu où se situent les intérêts, les biens et les personnes concernées. De ce point de vue, l'identification du tribunal présentant la compétence judiciaire civile internationale ne devrait poser aucun problème. Toutefois, il existe des cas où le lieu du dommage est situé à plusieurs endroits, il s'agit d'une dissociation spéciale dans plus d'un État du lieu où le fait générateur s'est produit et du lieu où les conséquences de ce fait se font ressentir²⁸⁰. Le même fait générateur peut produire différents faits dommageables dans différents États, où les conséquences se sont produites, et de ce fait la compétence appartient non seulement au tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable mais également là où il « pourrait se produire ». Cela lève les doutes quant à l'application de cet article en cas d'action en prévention visant l'adoption de mesures de protection, de cessation ou d'atténuation et ce, afin d'éviter ou de minorer le dommage potentiel.

Il est ajouté un for spécifique en matière de responsabilité civile pour les dommages découlant d'une infraction pénale. Il est disposé que les tribunaux caribéens seront aussi compétents dès lors que de tels faits en matière pénale relèveront de leur compétence.

184. En marge du for de compétence exclusive en matière de constitution, de validité, de nullité ou de dissolution d'une société ayant son siège sur le territoire caribéen, ainsi que conformément aux accords et aux décisions de leurs organes dirigeants qui remettraient en cause son existence *erga omnes* et ses règles de fonctionnement (prévu à l'**article 9**), il est habituel également d'établir la compétence du tribunal du domicile du défendeur fondée sur la compétence générale de l'**article 10**. Étant entendu que la détermination du siège de la société est confrontée aux difficultés posées par les différents modèles existants en DIPr des sociétés.

Étant donné qu'une société peut être atraite dans le lieu où se situe son siège social, ce domicile peut à son tour être considéré comme se trouvant sur le lieu de son siège social statutaire ou sur celui où se situe son administration centrale ou bien encore sur celui où elle détient son principal établissement. Toutefois, les sociétés,

²⁸⁰M. Requejo Isidro, "Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: método de delimitación y determinación del tribunal competente", *La Ley (Unión Europea)*, n° 5709, 21-1-2003, pp. 6-9.

en plus du pays où elles ont été constituées, peuvent s'établir dans plusieurs pays au travers de succursales. Toutefois, dans ce cas, la société qui détient des succursales dans des pays où ne se trouvent ni son siège statutaire, ni son administration centrale, ni même son principal établissement, ne pourra pas être atraite sur la base de la compétence générale du domicile du défendeur devant le tribunal où se trouvent ses succursales. Cette solution s'avère inappropriée car celui qui passe un contrat avec une société doit pouvoir logiquement s'adresser au tribunal du for de la conclusion de ce contrat, à savoir le lieu où se trouve la succursale. Cette situation a été prévue en établissant un for spécial pour les contrats passés par des sociétés à travers leurs succursales. De ce fait, les sociétés ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement dans un État pourront être atraites dans un autre État de la Caraïbe si elles détiennent dans cet État une succursale, une agence ou tout autre établissement commercial rattaché à leurs activités. Le demandeur se voit, de ce fait, attribuer un « for d'attaque », lui donnant le choix de déposer sa demande à l'encontre de la société soit sur le territoire de l'État où se situe son siège soit sur le lieu où se situe la succursale avec laquelle il a passé contrat. Le paragraphe iii) du présent article dispose que les tribunaux caribéens seront compétents pour connaître des litiges relatifs à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou d'un établissement commercial, dès lors que ceux-ci se trouveront sur leur territoire. Ce paragraphe s'est fortement inspiré des dispositions du règlement Bruxelles I sur ce point.

185. Le paragraphe iv) contient des fors spéciaux qui se sont également inspirés de la réglementation de la Convention de Bruxelles de 1968 et de l'actuel règlement Bruxelles I²⁸¹. La compétence des tribunaux caribéens est établie dès lors que le consommateur a son domicile dans la Caraïbe en matière de contrat de vente à crédit de biens meubles ou de prêts en vue de financer ces opérations. Toutefois, la compétence des tribunaux caribéens est également prévue pour d'autres contrats de consommation de biens meubles et de services, « dès lors que le contrat qui a été conclu aura été précédé d'une offre personnelle ou d'une publicité réalisée dans la Caraïbe ou que le consommateur aura effectué sur le territoire caribéen les actes nécessaires pour la conclusion du contrat ». La concurrence entre la compétence spéciale et la compétence générale expressément prévue à l'**article 10** s'avère très discutable. Si l'on considère que cet article établit une série de fors de protection, inspirés dans la majorité des cas de dispositions constitutionnelles, son application sans limite comme principe autonome viderait de tout contenu la protection visée. Aussi faut-il comprendre que la compétence spéciale entre seulement en concurrence avec la compétence générale fondée sur le domicile du défendeur, sauf pour les accords d'élection de for, dans la mesure où ils bénéficient exclusivement au consommateur.

²⁸¹G.A.L. Droz et H. Gaudemet Tallon, "La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001 pp. 601 et seq.

186. Le contrat d'assurances avec ses multiples variantes constitue l'une des préoccupations principales du droit des contrats de par la complexité de l'institution tant pour la branche de l'assurance vie que pour le cas des autres assurances. La compétence judiciaire internationale en matière d'assurance contenue dans la paragraphe v), tout comme celle prévue pour les contrats passés par les consommateurs ou les contrats de travail, se fonde sur la protection de la partie la plus faible en offrant des règles de compétence plus favorables à la défense de leur intérêts que les règles contenues dans le paragraphe ii). Dans ces cas, l'autonomie des parties au contrat pour désigner l'organe juridictionnel compétent s'avère limitée, sans préjudice des critères de compétence exclusive établis à l'**article 9**. Le paragraphe objet du présent commentaire s'est inspiré des dispositions de la section 3 du chapitre II du règlement Bruxelles I.

La protection se traduit par le fait que si pour l'assureur peut seulement attirer l'assuré, le souscripteur ou le bénéficiaire en se fondant sur le domicile du défendeur, l'assuré, le souscripteur ou le défendeur peut, par contre, attirer l'assureur devant les tribunaux du domicile de ce dernier, en tant que domicile soit du défendeur (**article 11**), soit du demandeur. Par conséquent, cet article ouvre au bénéfice de l'assuré, du souscripteur ou du bénéficiaire une pluralité de fors possibles à l'encontre de l'assureur qui pourront également servir à la personne lésée qui exercera l'action directe contre l'assureur, dans le cas seulement où celle-ci sera possible²⁸².

187. Le paragraphe vi) vise bien, quant à lui, une compétence spéciale en attribuant aux tribunaux caribéens les actions relatives aux biens meubles dès lors que ceux-ci se trouvent sur le territoire de la Caraïbe au moment du dépôt de la demande. Cette compétence est très conseillée car le domicile du défendeur n'a pas à coïncider avec le lieu où se trouve le bien meuble. Cette compétence spéciale apporte un « for d'attaque » complémentaire très utile dans la mesure où, d'un côté, elle reflète une proximité raisonnable du litige avec le *forum rei sitae* et où, surtout d'un autre côté, elle s'avère particulièrement efficace en termes économiques. Il convient de signaler, en outre, que les actions réelles mobilières sont loin d'être rares car l'exercice de l'action en revendication, la tierce opposition fondée sur le droit de propriété ou un droit de distraction ou de préférence, sont très fréquentes dans le commerce international en matière de droits réels en garantie des marchandises.

188. La compétence prévue au paragraphe vii) est d'autant plus importante qu'elle n'est consacrée dans aucune norme d'origine conventionnelle. À côté des compétences générales du domicile du défendeur et de leur application expresse ou tacite (**articles 10 et 11**), sont ajoutées ici deux compétences spéciales qui répondent essentiellement à une même idée (le *forum patrimonii*) : le dernier domicile du défunt sur le territoire caribéen ou l'existence de biens immeubles dans la Caraïbe. Le dernier domicile du défunt dans la Caraïbe est une compétence raisonnable, dans la mesure où elle désigne en présumant le lieu de situation du patrimoine du débiteur,

²⁸²Vid. V. Fuentes Camacho, *Los contratos de seguro y el DIPr en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1999.

ainsi qu'un lieu présentant une certaine importance et concernant les actes de dernières volontés. Cette compétence favorise le bon déroulement de la procédure, l'obtention des preuves, l'exécution de la décision et des mesures provisoires ainsi que l'administration du patrimoine successoral net. Quant à la compétence relative aux biens immeubles dans la Caraïbe, la force attractive de la propriété immobilière ne paraît pas être raisonnablement justifiée.

189. Le paragraphe 2 s'inspire du règlement Bruxelles I qui régit les dispositions relatives à la compétence judiciaire en matière de contrats de travail. Ces dispositions autonomes, dans la lignée des contrats de consommation, correspondaient davantage à la spécialité de ces contrats et à une structure déjà présente dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Les fors de compétence judiciaire internationale contenus dans le présent article sont relativement plus généreux. En effet, outre le fait que la prestation de travail est exécutée dans la Caraïbe, ou que le domicile du défendeur se situe dans ce pays – au sens large pour l'employeur –, l'article retient d'autres critères de compétences : les employeurs pourront être attirés devant les tribunaux caribéens si le travail est habituellement accompli dans la Caraïbe mais également dans le cas où le travail n'est pas accompli habituellement dans un seul et même pays, dès lors que l'établissement qui a embauché le travailleur est situé dans la Caraïbe.

Article 15. *For de nécessité.* 1. Les tribunaux caribéens sont également compétents lorsqu'il est établi que la cause présente un lien avec la Caraïbe tel qu'elle peut y être utilement traitée et

i) qu'une procédure à l'étranger est impossible en droit ou en fait, ou

ii) que la décision qui résulterait d'une procédure à l'étranger ne serait pas susceptible de reconnaissance dans la Caraïbe.

2. Lorsque le demandeur est domicilié dans la Caraïbe ou est titulaire de la nationalité caribéenne, la condition de lien utile est satisfaite.

190. Délimitant le champ de la juridiction caribéenne, la loi type par son **article 6** consacre le principe d'une juridiction universelle quant aux personnes (*vid. supra, articles 6. 1 et commentaire du §2*). Les dispositions suivantes organisent l'exercice de cette juridiction universelle en fixant les compétences des tribunaux caribéens, ce qui a pour effet de soustraire à la connaissance de ceux-ci une immense part du contentieux international en matière civile et commerciale pour n'y soumettre que les affaires présentant un lien significatif avec la Caraïbe.

191. Cette autolimitation est aussi raisonnable que légitime. Comme dans tous les États modernes de type démocratique, le service public de la justice est institué par

les membres du corps social en contrepartie de l'abandon réciproque de la libre pratique de la justice privée, avec cette précision que les différends seront tranchés par un tiers impartial selon une procédure réglée et d'après des normes substantielles prédéterminées. Ce pacte est consenti entre ceux et pour ceux qui y souscrivent dans la vue d'établir et maintenir l'ordre et la paix civile ; il ne lie que ceux qui participent à la vie collective dont il s'efforce d'assurer l'harmonie, de sorte que la justice publique dont l'État est débiteur dans la Caraïbe a pour premiers créanciers ceux qui contribuent à l'animation cet espace social. Les règles de compétence internationale tracent alors les frontières de cette vie sociale, à l'intérieur desquelles doivent se situer les rapports d'intérêt privé litigieux que les tribunaux locaux ont mission d'apaiser. Aussi bien, les intérêts privés qui ne se localisent pas dans le périmètre de cette vie sociale restent hors de la compétence de ses tribunaux. Toutefois cette conception ne peut être portée à l'absolu. L'insertion des intérêts privés dans la vie sociale du for est souvent relative et les règles de compétence fixent le niveau d'intensité que cette insertion doit atteindre pour justifier l'accès aux tribunaux. Mais comme chaque État détermine unilatéralement ce niveau, il n'est pas exclu que par le fait de cette incoordination certains intérêts engagés trop modérément dans l'échange social caribéen ne puissent pas y trouver de juge sans que non plus ailleurs un tribunal leur soit ouvert. C'est dans ce cas précis que l'affirmation de principe de la juridiction universelle prend un relief particulier. Cette affirmation procède de l'idée agitant le compendium des droits de l'homme selon laquelle, par nature, l'individu a droit à la protection juridictionnelle effective de ses intérêts. La loi type a choisi d'y adhérer²⁸³.

192. De cette adhésion, il résulte que les litiges juridictionnellement orphelins seront néanmoins accueillis par les tribunaux caribéens pourvu que la protection juridictionnelle effective ainsi promise puisse se réaliser concrètement à l'intérieur de l'ordre juridique de la Caraïbe. C'est ce qu'exprime d'abord le paragraphe 1^{er} de l'article 15, lorsqu'il exige, d'une part, un lien tel que le différend puisse être utilement traité par la juridiction caribéenne, c'est-à-dire être l'objet d'une décision susceptible de développer ses effets, éventuellement d'exécution, au sein de la vie sociale locale et, d'autre part, que ce lien soit, dans le cas d'espèce, prouvé à la satisfaction du juge. L'élargissement exceptionnel de la compétence caribéenne requiert une appréciation *in concreto* de son opportunité.

Toutefois, cette orientation délibérément casuistique et partant restrictive est tempérée par l'article 15 §2, qui sur la base de la nationalité caribéenne ou du domicile caribéen du demandeur présume que le litige s'inscrit suffisamment dans l'ordre juridique de la Caraïbe pour être confié à ses juges à défaut de compétences étrangères. Fondé sur le domicile, le *forum actoris* n'est qu'une reconnaissance abstraite du rapport entre le conflit d'intérêts à résoudre et l'ordre juridique caribéen

²⁸³CONC. : art. 3 de la loi suisse de DIPr ; art. 65, §1, d) du code portugais de procédure civile ; art. 3136 du Cc du Québec ; art. 6 du code néerlandais de procédure civile ; art. 11 du code belge de DIPr ; art. 1069 du code roumain de procédure civile ; art. 19 du projet argentin ; art. 110 du projet bolivien ; art. 7 du projet colombien ; art. 14 du projet dominicain ; art. 156 du projet mexicain ; art. 56.8 du projet uruguayen.

et, s'il institue un privilège, celui-ci est acceptable dès lors qu'il n'est octroyé que sous le couvert du droit à une protection juridictionnelle effective, dont l'exercice n'est pas, à défaut de tribunaux disponibles à l'étranger, nécessairement préjudiciable au défendeur. Quant au critère de la nationalité, sa revitalisation n'est sans doute pas pleinement compatible avec l'**article 6** en tant qu'elle ranime l'opposition entre le citoyen et l'étranger sur le plan juridictionnel, mais est-il légitime de retirer à la notion de nationalité la dimension d'appartenance à la population constitutive de l'État qu'elle associe normalement à la dimension d'allégeance aux pouvoirs constitués de l'État ? La loi type suggère une réponse négative. Il appartiendra à chaque État adoptant la loi type de nuancer ou même refuser cette solution.

193. L'élargissement exceptionnel de la compétence caribéenne exige aussi une appréciation de sa nécessité. Le paragraphe 1^{er} mesure cette nécessité par référence à deux hypothèses. La première souligne le caractère aussi secourable que subsidiaire du *forum necessitatis* ; elle est celle de l'impossibilité où se trouvent les parties d'introduire et de conduire une procédure devant les tribunaux étrangers. Il est précisé que cette impossibilité peut naître aussi bien d'obstacles de droit que d'obstacles de fait. Obstacles de droit, d'abord, lorsque se dessine la figure du conflit négatif de juridiction : comme la Caraïbe, les États étrangers, au contact desquels évolue le rapport litigieux, maintiennent closes les portes de leurs tribunaux par application de leurs règles de compétence ; si la preuve est rapportée d'une pareille impasse, le différend qui peut être utilement traité par les tribunaux caribéens le sera. Obstacles de fait, ensuite, lorsqu'il sera déraisonnable de soumettre les parties au risque de circonstances excessivement dangereuses et nourrissant contre le déplacement vers le juge étranger certains des ferments de la force majeure (état de belligérance, guerre civile, discriminations, onérosité excessive du procès) ; appuyée au droit au procès équitable, une doctrine propose d'enrichir la notion d'obstacle de fait en y incorporant un jugement de valeur sur la qualité du travail juridictionnel habituellement produit par le tribunal étranger²⁸⁴. Enrichi ou non, l'obstacle de fait comme l'obstacle de droit devra être prouvé par le demandeur.

194. La seconde référence est l'hypothèse où il est établi que la reconnaissance du jugement qui pourrait être rendu à l'étranger sera refusée dans la Caraïbe. La preuve du refus de reconnaissance est évidemment rapportée lorsque celui-ci a été opposé par le juge caribéen à une demande principale ou incidente tendant à faire déclarer la régularité internationale de la décision étrangère ; dans ce cas, l'affaire pourra être jugée à nouveau dans la Caraïbe mais seulement, quoique l'article 15 ne le précise pas, s'il est vérifié qu'aucun autre juge étranger n'est disponible. La preuve du refus est plus délicate lorsque le refus de reconnaissance est allégué alors que sa perspective dissuade le demandeur de s'adresser au juge étranger ; les caractéristiques qui déterminent au regard du droit caribéen la régularité internationale de la décision étrangère, toute hypothétique, ne sont pas d'ores et déjà

²⁸⁴V. Retornaz et B. Volders, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 225 ; L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, Puam, 2004.

acquises et il serait alors à craindre qu'il faille se contenter d'une irrégularité purement conjecturale. Mais, en réalité, certains éléments, telle l'incompétence indirecte de l'éventuel tribunal étranger, sont accessibles avant que ne soit engagée l'hypothétique procès et ils pourront se prêter à la preuve et donc fonder le pronostic de non reconnaissabilité. C'est sans doute cette particularité qui explique que cette hypothèse soit distinguée dans l'article 15, car pour le reste elle ne propose qu'une application spécifique de la solution qui se dégage de la première hypothèse (générique).

Article 16. Mesures provisoires et conservatoires. Les tribunaux caribéens sont également compétents pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque ces mesures

i) concernent des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire caribéen et doivent y être exécutées, ou

ii) sont demandées à l'occasion d'un différend ressortissant à leur compétence.

195. Il convenait d'établir une règle de compétence particulière pour les mesures provisoires et conservatoires par lesquelles l'autorité judiciaire sécurise la situation des parties pour prévenir toute manœuvre qui tendrait à altérer la configuration ou à fausser l'instruction de la cause et à compromettre la réalisation effective de la décision tranchant au fond le différend. En principe, ces mesures sont du ressort du tribunal saisi au fond du litige, qui dispose à leur égard d'une compétence prééminente. Cependant, il peut arriver que la procédure devant ce tribunal ne soit pas encore engagée ou encore que celui-ci ne soit pas en pratique le mieux placé pour ordonner de telles mesures, parce que par exemple elles doivent s'appliquer à des personnes ou à des biens qui se trouvent hors de portée. Ces circonstances ne doivent pourtant pas priver les plaideurs de leur droit à une protection juridictionnelle effective qui comprend le droit à une protection juridictionnelle temporaire conservant leurs droits respectifs jusqu'au dénouement du conflit d'intérêts qui les oppose. Il est alors nécessaire de ménager la coopération et d'autoriser la saisine des autorités judiciaires qui sont à pied d'œuvre. C'est à cette exigence que répond l'article 16 lorsqu'il définit la compétence des tribunaux caribéens²⁸⁵. Cette disposition associe très classiquement la compétence au provisoire à la compétence au principal de sorte que les mesures pourront toujours être prises par le juge caribéen dont la saisine s'est fondée sur un des chefs de compétence prévus dans le chapitre II de ce titre II de la loi type. Mais concurremment à cette habilitation, l'article 16 en confère une autre au juge caribéen lorsque celui-ci se trouve être le juge utile parce que les personnes ou les biens sur lesquels la mesure doit s'exécuter se situent dans son ressort, c'est-à-dire sur le territoire de la Caraïbe.

196. Dès lors qu'en principe le pouvoir de juger – tant au fond qu'au provisoire – s'exerce selon les règles de l'État qui le confère, les mesures pouvant être obtenues des tribunaux caribéens sont celles qu'organise le droit judiciaire privé de la Caraïbe. Mais, de teneur identique, elles n'auront pas toutes la même portée. En effet, celles

²⁸⁵CONC. : art. 10 de la loi suisse de DIPr ; art. 10 de la loi italienne de DIPr ; art. 22.5 LOPJ (Espagne); art. 43 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 1074 du code roumain de procédure civile ; art. 111 du projet bolivien ; art. 20 du projet argentin ; art. 15 du projet dominicain ; art. 56.9 du projet uruguayen.

qui sont demandées au juge utile parce devant s'exécuter sur des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire caribéen auront, selon le fondement de la compétence ancillaire en vertu des laquelle elles sont ordonnées, une efficacité limitée au territoire. En revanche, celles qui sont prononcées par le juge caribéen compétent au fond auront, comme la décision au fond qu'il est habilité à prononcer, vocation à être reconnues et, le cas échéant, exécutées hors du territoire.

Article 17. *Incompétence des tribunaux caribéens.* 1. Les tribunaux caribéens ne sont pas compétents sur les causes qui ne leur sont pas dévolues par les dispositions de la présente loi, ni par celles des Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Lorsque le défendeur comparait, l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond à peine d'irrecevabilité.

3. Lorsque le défendeur ne comparait pas, les tribunaux caribéens doivent se déclarer d'office incompetents.

4. Les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompetents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'une demande pour laquelle les tribunaux d'un autre État ayant adopté la présente loi sont exclusivement compétents en vertu de l'article 9.

197. Même s'il n'est pas indispensable, le rappel d'un principe est rarement dommageable et il peut même en soutenir utilement la fermeté au moment d'annoncer des modalités d'application susceptibles de tempérer la rigueur des syllogismes dont il pourrait être la majeure. C'est sans doute ce qui explique que le premier paragraphe de l'article 18 n'hésite pas à énoncer que les tribunaux caribéens ne sont pas compétents sur les affaires qui ne leur sont pas dévolues par les règles de compétence légales ou conventionnelles²⁸⁶. Un esprit logique s'inclinerait sans réserve devant pareille proposition et en conclurait que lesdits tribunaux caribéens s'abstiendront de connaître des procès qui n'entrent dans le champ d'aucune des dispositions régissant leur compétence internationale. Un esprit juridique ne méprisera pas cette inférence, mais il sera porté à l'amender par la prise en compte des démarches pratiques.

198. La première hypothèse envisagée relativise le principe énoncé. Elle vise le défendeur qui comparait au tribunal pour y développer ses défenses au fond sans avoir au préalable protesté contre le défaut de compétence internationale. Il y a là une transposition de la règle assez largement répandue dans le droit judiciaire privé

²⁸⁶CONC. : art. 11 de la loi n. 218, art. 57 de la loi vénézuélienne du 6 août 1998 ; art. 10 de la loi tunisienne du 27 novembre 1998 ; art. 12 du code belge de DIPr ; art. 1070 du code roumain de procédure civile ; art. 147 du projet mexicain ; art. 15, *ult. al.* du projet panaméen.

comparé qui exprime un souci d'économie procédurale en s'efforçant d'empêcher que, dans le cas où la compétence est douteuse ou contestable, un débat au fond ne s'engage immédiatement et ne soit poussé trop loin avant que soit constatée son illégitimité et, partant, sa vanité. Il faut donc que l'exception d'incompétence soit soulevée *in limine litis*, « simultanément avec les autres exceptions de procédure et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir », selon les termes de l'article 74 du code de procédure civile français. La solution peut s'analyser comme une prorogation légale de compétence résultant de l'irrecevabilité fondée sur la tardiveté de l'exception d'incompétence et tendant à ménager la force de travail des membres du tribunal. Mais elle peut aussi s'analyser en une prorogation volontaire tacite, puisqu'en présentant ses moyens de fond, le défendeur accepte le débat auquel l'invite le demandeur. Cette dernière interprétation commande de limiter la solution aux procès dont l'objet autorise la prorogation volontaire, c'est-à-dire aux procès où se débattent des intérêts dont les parties ont la libre disposition²⁸⁷ (*vid. supra, article 10 et commentaire du §2*) ; cependant, elle paraît peu compatible avec le dernier alinéa de l'**article 10 §3** énonçant que la convention d'élection de for satisfait à la condition de l'écrit lorsqu'elle est consignée dans un échange d'écritures en demande et en défense en cours de procès qui révèle que l'une des parties allègue l'existence d'un accord que l'autre ne conteste pas mais au contraire exécute. C'est là une règle qui met en œuvre une conception restrictive de l'accord tacite dont tout l'effet utile serait ruiné par l'admission d'une prorogation procédant du simple silence des comparants. Cette observation n'autorise pas à conclure que la condition relative au moment de présentation de l'exception d'incompétence vaut en toute matière y compris celle qui régirait des intérêts indisponibles, ce qui impliquerait que l'exception reste toujours à la discrétion du défendeur ; cette observation montre seulement que la loi type est muette sur le domaine matériel de cette condition requise lorsque le défendeur comparait.

199. Dans le cas contraire où le défendeur ne comparait pas, le paragraphe 3 de l'article 18 attribue au tribunal indûment saisi le pouvoir de se déclarer d'office incompétent. Ce pouvoir est indispensable à l'accomplissement du devoir qui aurait le même objet, mais rien dans cette disposition n'indique qu'un tel devoir incombe au juge, ni qu'il ne lui incombe pas. Seul est accordé au juge le moyen de relever sa propre incompétence, soit qu'une disposition spéciale de droit caribéen extérieurement à la loi type le lui commande, soit que lui soit laissée la liberté d'apprécier l'opportunité de se dessaisir. Le système du règlement Bruxelles I (article 26) comme celui de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* sont explicitement favorables à ce que soit exercée d'office la protection du défendeur non comparant dès lors que celui-ci a été régulièrement assigné.

200. Le dernier paragraphe de l'article 18 rejoint la position du règlement Bruxelles I relative au cas où le procès porte sur une matière relevant des compétences exclusives de l'**article 9** et est déféré à un tribunal caribéen alors que l'élément de rattachement se réalise en territoire étranger. Si l'État étranger désigné

²⁸⁷Comp. Art. 36. 2. 3° LEC.

par ce rattachement a adopté la loi type, le tribunal caribéen se déclare d'office incompétent au bénéfice de la juridiction la mieux placée pour connaître de la cause, selon ce qui a déjà été présenté sous la dénomination d'effet réflexe de l'exclusivité (*vid. supra*, **article 9 et commentaire du §4**)

Article 18. *Forum non conveniens*. 1. Les tribunaux caribéens peuvent, sur demande du défendeur, décliner leur compétence en raison de faits extérieurs au territoire caribéen si :

i) il est utile de recueillir des témoignages alors que les témoins résident à l'étranger et que le recueil de ces témoignages à l'étranger ou la comparution des témoins devant le tribunal caribéen serait excessivement onéreux pour l'une ou l'autre des parties ; ou

ii) il est utile que le juge procède à des vérifications personnelles à accomplir sur des faits litigieux à l'étranger ;

iii) ces faits ont été commis à l'étranger.

2. Les tribunaux caribéens déclinent leur compétence lorsque la loi applicable leur suppose des pouvoirs qui ne leur sont pas dévolus par la loi caribéenne et qu'il y aurait lieu d'exercer en l'espèce.

201. Apparue en droit international privé écossais au XIX^e siècle avant de se diffuser largement au XX^e siècle dans les ordres juridiques participant à la tradition de *Common Law*, l'exception de *forum non conveniens*²⁸⁸ qui ne s'ajuste pas spontanément au système de compétence internationale cultivé par la tradition de *Civil Law* fait l'objet d'un accueil strictement mesuré par la loi type. Ce mécanisme qui tend à opérer un transfert du procès d'une juridiction nationale vers une juridiction étrangère repose sur la reconnaissance au juge saisi d'une marge d'appréciation quant à l'opportunité d'exercer sa compétence au regard des circonstances particulières du cas d'espèce ; il opère comme une clause d'exception lorsque la configuration abstraite du rapport litigieux place celui-ci sous l'empire d'un chef de compétence dont le fondement est malmené par quelque singularité de la cause. En pareil cas, le moyen tiré du *forum non conveniens* que le défendeur oppose au développement de la procédure tend à faire prédominer la conformité concrète sur la conformité abstraite et, partant, à conduire au dessaisissement du juge. Une caractéristique essentielle de l'exception réside dans le pouvoir discrétionnaire qu'elle concède au tribunal de réévaluer sa propre compétence. Sans doute, dans le droit anglais, ce pouvoir est-il encadré par l'énoncé d'une série de facteurs à prendre en considération avant de renvoyer les parties devant un tribunal plus approprié, de telle sorte que son caractère discrétionnaire affecte surtout la pondération de ces facteurs. Il n'y a rien d'arbitraire dans cette démarche qui doit rester guidée par l'objectif de bonne administration de la justice ; cependant plus est riche le catalogue des facteurs à considérer, plus large est le pouvoir discrétionnaire.

²⁸⁸A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, Bruylant-LGDJ, 2003 ; C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000.

Il s'ensuit que la prévisibilité de la compétence internationale est affaiblie et, avec elle, la sécurité juridique.

202. Sensible à cette considération, l'article 19 subordonne la recevabilité de l'exception à des conditions délibérément étroites²⁸⁹. La première de celles-ci n'est pas formulée de manière explicite dans le corps de la disposition, mais elle est impliquée par le titre qu'elle se donne : il faut qu'il existe à l'étranger un tribunal disponible auquel transférer l'affaire ; il ne s'agit d'ailleurs pas de n'importe quel tribunal de n'importe quel pays qui se déclarerait compétent, mais du tribunal de l'État qui est dans un rapport de proximité suffisante avec les éléments de fait dont la connaissance est exigée en l'espèce par l'objectif de bonne administration de la justice. La seconde condition est en effet que l'accès du tribunal caribéen à des *faits extérieurs au territoire* du for soit si difficile que leur établissement en justice en soit compromis. Cette condition exclut la recevabilité de l'exception lorsque le juge caribéen a été saisi sur la base d'une compétence exclusive de l'**article 9** ; d'abord, un des fondements de l'exclusivité est précisément la localisation des éléments pertinents de la situation litigieuse sur le territoire caribéen et, ensuite, son effet typique est de réputer, du point de vue caribéen, radicalement incompetent les tribunaux des autres États, de sorte que ceux-ci se trouvent dans l'impossibilité de rendre une décision susceptible d'être reconnue dans la Caraïbe.

203. Cette seconde condition se renferme en deux éventualités alternatives. Il se peut d'abord que l'instruction de la cause et spécialement la production en justice des faits pertinents extérieurs au territoire nécessitent le concours de témoins qui se trouvent eux-mêmes hors du territoire caribéen de sorte qu'il faudrait mettre en mouvement les lourdes et longues procédures de commissions rogatoires ou encore prendre en charge leur venue devant le tribunal ; si ces solutions se révèlent excessivement onéreuses pour l'une ou l'autre des parties, le tribunal peut estimer opportun le transfert du procès vers une juridiction de proximité pourvu qu'il la juge appropriée. Il se peut ensuite que l'information du tribunal requière l'accomplissement de vérifications personnelles de ses membres ou de l'un d'eux et qu'un transport transfrontière sur les lieux soit juridiquement et matériellement inexécutable. En précisant ces deux éventualités, l'**article 19** borne le champ de l'exception de *forum non conveniens*.

204. Il n'aurait pas été inconcevable d'élargir ce champ de l'exception en y incluant des hypothèses où, non pas la proximité géographique des faits pertinents, mais la proximité intellectuelle ou même technique fait défaut. Sans même évoquer la question de la connaissance du droit étranger, il peut arriver que le tribunal caribéen ne dispose pas des moyens de mise en œuvre de la loi étrangère applicable parce que celle-ci suppose l'exercice de pouvoirs qui ne lui sont pas attribués. La loi type n'a pas retenu cette éventualité ; le fait est d'une part que celle-ci sollicite plus directement le discernement et l'initiative du juge et pour cela n'entre pas franchement dans le cadre d'une exception offerte au défendeur et que, d'autre part, elle appelle plutôt un règlement sur le terrain du conflit de lois par voie d'adaptation

²⁸⁹CONC. : art. 7, *ult. al.* du projet colombien ; art. 17 du projet dominicain ; art. 15 du projet panaméen.

ou par recours à la vocation générale subsidiaire de la *lex fori*, plutôt que sur celui de la compétence internationale. Au demeurant ce genre de difficulté le plus souvent se révélera lors de l'examen de l'affaire au fond, à un moment où le travail du tribunal sera bien avancé – alors qu'au contraire les faits extérieurs au territoire apparaissent déjà dans l'assignation du demandeur – et il sera trop tard pour soulever l'exception de *forum non conveniens* qui, en s'invitant dans la procédure de tradition romano-canonique, y rejoint *in limine litis* l'exception d'incompétence.

Article 19. Exception de litispendance. 1. Lorsque, avant que soit saisi le tribunal caribéen, une autre demande ayant le même objet et la même cause a été formée entre les mêmes parties devant le tribunal d'un autre État, les tribunaux caribéens sursoient à statuer jusqu'à ce que le tribunal étranger premier saisi se prononce sur sa compétence. Si le tribunal étranger premier saisi se déclare compétent en se fondant sur un chef de compétence jugé raisonnable au regard des règles de reconnaissance et exécution des décisions étrangères, le tribunal caribéen saisi en deuxième lieu se dessaisit.

2. Toutefois, l'exception de litispendance est repoussée si la saisine du tribunal caribéen se fonde sur les dispositions de l'article 9. L'exception est également repoussée si la saisine du tribunal caribéen se fonde sur un accord d'élection de for qui est conforme à l'article 10 et emporte l'exclusivité du for élu.

205. L'article 19 de la loi type consacre le principe de la recevabilité de l'exception de litispendance internationale : le juge caribéen doit tenir compte et éventuellement tirer conséquence de l'existence d'une procédure en cours à l'étranger antérieurement engagée sur le litige même dont il vient à être saisi²⁹⁰. Longtemps ce regard sur le fait judiciaire étranger et les conséquences y attachées n'ont été admis que dans le cadre du droit conventionnel ; certains traités bilatéraux, comme la convention franco-espagnole de 1969, ou multilatéraux, comme la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (article 21, devenu article 27 du règlement Bruxelles I et, bientôt, article 29 du règlement refondu) prévoient cette forme de coopération qui consiste pour le tribunal d'un pays à renoncer à sa compétence et à faire confiance au tribunal d'un autre pays devant lequel le procès s'est préalablement engagé. La loi type n'est pas un traité international ni un instrument communautaire. Diffusant auprès des États qui l'adoptent des valeurs communes, elle est cependant est un moyen d'uniformisation des systèmes juridiques et concourt ainsi à sa manière à établir l'harmonie internationale des solutions ; elle est donc parfaitement dans son rôle lorsqu'elle propose un mécanisme destiné à résoudre les conflits de procédure,

²⁹⁰CONC. : art. 58 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 18 du code panaméen de DIPr ; art. 9 de la loi suisse de DIPr ; art. 7 de la loi italienne de DIPr ; art. 14 du code belge de DIPr ; art. 1075 du code roumain de procédure civile ; art. 46 du projet argentin ; art. 160 du projet mexicain ; art. 18 du projet panaméen ; art. 57 du projet uruguayen ; art. 10 du projet colombien ; art. 27 du règlement Bruxelles I.

générateurs de conflits de décisions sur le plan international et à garantir ainsi qu'un même litige ne connaîtra entre le pays concernés qu'une seule issue.

206. Cet « esprit de collaboration juridictionnelle » n'anime pas tous les systèmes nationaux de droit processuel civil international. Faut-il ici rappeler le silence de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* ou l'hostilité déclarée du projet de « code modèle de droit international privé » élaboré par l'*Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado*²⁹¹ (article 160) ? Cette posture peut sans doute se prévaloir d'arguments non méprisables, mais certainement pas totalement convaincants. L'objection majeure élevée contre la recevabilité de l'exception de litispendance est que ce moyen d'incompétence, non seulement met en doute la solidité du chef de compétence du tribunal second saisi, mais surtout expose à un abandon de souveraineté juridictionnelle. La souveraineté est assurément un élément qui mérite considération, mais l'École Hollandaise, construisant au XVII^e siècle la notion de *comitas*, a montré que cet élément n'était pas incompatible avec la prise ne compte des réalités juridiques étrangères. En somme, l'idée de souveraineté juridictionnelle exige seulement ici qu'on puisse choisir librement de renoncer ou non à juger en l'état d'une procédure étrangère susceptible de produire une décision de qualité équivalente à celles que produit le for. Quant à la solidité des chefs de compétence, elle ne sera dans quelque mesure éprouvée par l'exception de litispendance que si celle-ci se résume en une exception de *forum non conveniens* ; le schéma étroit de *forum non conveniens* que retient la loi type ne l'ajuste pas à cette fonction, puisqu'il se déploie sur le seul plan territorial²⁹² alors que la litispendance se développe aussi sur le plan chronologique.

207. En revanche, il convient de rappeler qu'en empêchant un conflit de procédures de prospérer, l'exception de litispendance prévient un conflit de décisions. Pareil conflit peut être indifférent à un ordre juridique particulariste puisqu'il ne met pas en cause sa cohérence. Mais il est hautement préjudiciable aux parties elles-mêmes qui, après avoir supporté les coûts et délais de deux procès, vont se trouver face à deux décisions qui pourront être divergentes, voire contradictoires dans leurs dispositifs. Cette antinomie sur le plan international constitue un manquement au droit à une protection juridictionnelle effective puisque le litige deux fois jugé n'est pas réellement tranché, les parties étant soumises à des commandements différents selon le lieu et le moment, ce qui, éventuellement, au détriment de l'économie procédurale, les inciteraient respectivement à contrecarrer alternativement et indéfiniment dans un pays l'exécution obtenue à leur rencontre dans l'autre. Aussi bien, pour conjurer ces atteintes à la bienfaisante unité et continuité de traitement juridique au travers des frontières, et tablant sur l'esprit de coopération juridictionnelle de la Caraïbe, l'article 19 opte à l'instar de nombre de législations modernes pour la recevabilité de l'exception de litispendance et même

²⁹¹J.A Silva, "Una codificación jus internacional privatista para México...", *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 1221.

²⁹²*Vid. supra*, art.18.

confie au juge le pouvoir de la relever d'office. En conséquence, il détermine le bien fondé et les conséquences de l'exception.

208. Les conditions de la litispendance internationale correspondent à la conception généralement répandue en droit international privé comparé. Elles se rapportent à la *chronologie des saisines* concurrentes et à l'identité de litige.

Sur le premier point, la situation se caractérise par l'existence de demandes successivement reçues par deux tribunaux relevant d'États différents dans le respect des règles de compétence. L'accueil de l'exception conduisant au dessaisissement du juge second saisi, il faut d'abord discerner l'ordre des saisines successives ; il y a là une exigence de datation pour laquelle la loi type ne semble exprimer aucune préférence particulière. Cette discrétion équivaut à un renvoi au droit de procédure de la Caraïbe pour ce qui est de la demande portée devant le juge caribéen, lequel, à défaut d'indication spéciale, ne peut s'estimer saisi qu'au moment où les formalités prévues à cette fin par sa propre loi ont été satisfaites. Ce raisonnement, pour ce qui est de la demande soumise au juge étranger, ne s'impose pas avec la même évidence : incorporée au droit international privé caribéen, la disposition de l'article 19, plutôt que de s'en remettre à la loi de procédure du juge étranger, peut aussi bien se lire comme retenant la solution du droit auquel elle appartient désormais. Mais cette dernière interprétation présente la faiblesse de recomposer la réalité à la manière du droit caribéen, alors que d'après les vues du droit étranger la date de saisine serait différente ; il est difficile de négliger le droit étranger pour déterminer la date de la saisine du juge étranger comme, de manière plus générale, la régularité de celle-ci, puisqu'adressée au juge étranger une demande irrégulière de son point de vue ne peut effectivement ouvrir une procédure et engager sur la voie du conflit. Ainsi pour établir la chronologie des saisines comme la compétence des tribunaux impliqués, il conviendra de se référer au droit propre des États dont ils relèvent respectivement²⁹³.

209. Il faut ensuite, car c'est le cœur du problème, une *identité de litige*. L'article 19 caractérise celle-ci par la concurrence de deux demandes ayant le même objet, la même cause et promues par les mêmes parties. Ces conditions transposent aux demandes celles qui sont généralement exigées des décisions en matière d'autorité de chose jugée, ce qui se justifie par la perspective du conflit de décisions dans laquelle évolue l'exception de litispendance. L'expérience de la Cour de justice des Communautés européennes montre que cette triple identité peut donner lieu à des interprétations diverses qu'il est nécessaire de stabiliser dans un système commun de distribution des compétences. Sans entrer dans le détail des choix plutôt compréhensifs opérés par cette jurisprudence²⁹⁴, il est permis de souhaiter que l'application de l'article 19, tant par la Caraïbe que par les autres États adoptant la

²⁹³Mais il faut tenir compte aussi dans cette référence de ce que l'incompétence et telle ou telle déficience au regard de ce droit ne conduisent pas nécessairement au dessaisissement du juge ; c'est la dualité effective de procédures qui crée le problème.

²⁹⁴*Vid.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4^e éd., 2010, n. 324 *et seq.*

loi type, prendra en compte son origine internationale et la nécessité de son interprétation uniforme...

210. La combinaison de la chronologie des saisines et de la triple identité ouvre au juge caribéen lorsqu'il est saisi en second, la *perspective d'un dessaisissement*. Dessaisissement sans risque de déni de justice, puisque le procès se poursuit devant le juge premier saisi. Dessaisissement qui n'est pas immédiat, mais subordonnée à la vérification que la décision attendue de l'étranger a les meilleures chances d'être reconnue et efficace dans la Caraïbe. Le tribunal caribéen ne peut renoncer à l'exercice de sa compétence (qui n'est pas moins légitime que celle du juge étranger) que s'il est raisonnablement prévisible que le procès pour ainsi dire délégué au juge étranger parviendra à résoudre le différend entre les parties également au regard de l'ordre juridique de la Caraïbe, puisque l'objectif de l'exception est précisément de garantir l'unité de décision. En conséquence, le juge prononcera un sursis à statuer pour affronter les difficultés d'un pronostic sur les qualités d'une décision attendue, mais non encore rendue. Pour rendre praticable l'appréciation du juge qui n'est pas en mesure de prononcer d'ores et déjà sur la contrariété à l'ordre public ni, à bref délai, sur la loyauté de l'assignation, il ne lui est demandé que de se fonder sur la compétence indirecte du juge étranger telle que la définit l'**article 74**, iii. et dont le respect ou la violation sont acquis. Le second paragraphe de l'article 19 prend soin de préciser que cette seule condition de compétence indirecte ne peut être satisfaite lorsque la saisine du juge caribéen correspond à une compétence exclusive, c'est-à-dire à une compétence de l'**article 9** mais aussi à une compétence issue d'une prorogation de for de l'**article 10** si les parties n'ont pas renoncé à l'exclusivité²⁹⁵.

211. S'il lui apparaît que la condition de compétence indirecte n'est pas remplie, le juge caribéen ordonne la reprise de l'instance et statue comme s'il n'y avait point de procédure concurrente puisqu'il est avéré que celle-ci ne peut déboucher sur une décision susceptible d'être reconnue dans la Caraïbe. En revanche, si la condition de compétence indirecte est vérifiée, le juge caribéen se dessaisit et le procès se poursuit devant le tribunal étranger, mais évidemment sans la garantie que la décision attendue sera régulière au regard des autres exigences de l'**article 74** et s'il advenait que celle-ci présente quelque déficience, il serait alors possible aux parties de renouveler le procès dans la Caraïbe.

Article 20. Exception de connexité. Lorsque deux demandes sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps et si l'une est portée devant un tribunal étranger et l'autre devant un tribunal caribéen, le tribunal caribéen peut, sur demande d'une partie et hors les cas de compétence exclusive visés aux articles 9 et 10, se dessaisir à

²⁹⁵Cette dernière solution rejoint celle que refusait l'arrêt *Gasser*, CJUE 9 décembre 2003 (C-116/2), mais qu'imposera dès le 10 janvier 2015 le règlement Bruxelles I refondu, art. 31.2.

condition que le tribunal étranger soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

212. L'exception de connexité internationale concerne l'hypothèse où deux demandes distinctes sont soumises respectivement à deux tribunaux relevant d'États différents et où il apparaît que celles-ci sont en un rapport tel que leur réunion en un seul procès devant un seul tribunal préviendra par un traitement juridictionnel coordonné la production de décisions discordantes. Par exemple, il serait opportun de confier à un même juge la demande du mari qui agit en divorce devant le tribunal étranger de la dernière résidence de la famille qui est encore la sienne mais non plus celle de son épouse et la demande de celle-ci en contribution aux charges du mariage qu'elle a formée devant le juge caribéen de sa résidence habituelle : il serait fâcheux que le lien conjugal soit dissous d'un côté et la pension alimentaire soit accordée de l'autre, alors que celle-ci suppose le maintien du mariage. Dans ce cas de figure, l'affinité avec la litispendance est assez claire : il s'agit dans l'un et l'autre cas d'éviter que la dualité de procédures ne débouche sur des résultats dont la coexistence est rationnellement inacceptables ; mais les différences n'en sont pas moins évidentes : la discordance de décisions n'est pas seulement la contradiction dont l'un des termes exclut l'autre, elle couvre également l'inconciliabilité ou l'incompatibilité dont l'un des termes ne s'ajuste pas à l'autre. Aussi les conditions comme les effets de la connexité ne sont-ils pas ceux de la litispendance.

213. Sans doute faut-il ici et là que deux procès soient effectivement engagés, l'un d'abord devant un tribunal étranger, l'autre ensuite devant un tribunal caribéen. Le mode de datation de la saisine est le même et il n'y a pas lieu d'apprécier la compétence directe autrement que d'après la loi de procédure de chaque État²⁹⁶. En revanche, il n'est pas exigé des demandes qu'elles aient la même cause ni le même objet, ni qu'elles soient promues par les mêmes parties. La définition de la connexité, recueillie du règlement Bruxelles 1 (article 28. 3) par la loi type, couvre le cas où les demandes distinctes, formées ou non par les mêmes personnes, se fondent sur des éléments de fait au moins partiellement communs sur la base desquels chacune émet une prétention différente, de sorte qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps de manière à aboutir à une évaluation homogène de la situation d'ensemble débouchant sur des solutions coordonnées.

214. Lorsqu'il en est ainsi, le juge caribéen peut se dessaisir ; la gravité de la situation de connexité étant moindre que celle de litispendance, il s'agit là d'un pouvoir qu'il n'exercera que sur demande de l'une des parties et dans des limites précises. Ainsi il ne lui est pas permis de se dessaisir lorsque sa propre compétence est exclusive au sens des **articles 9 et 10**, qui lui interdisent en effet d'y renoncer. Ainsi encore il devra constater que le juge étranger est, d'après ses propres règles de

²⁹⁶CONC. : art. 1076 du code roumain de procédure civile ; art. 19 du projet panaméen ; art. 28 du règlement Bruxelles I.

compétence, en mesure de joindre dans le même procès à l'affaire dont il a été saisi de son côté, celle qu'on se propose de lui transférer. Hors de ces limites le juge caribéen dispose d'une marge d'appréciation discrétionnaire qui le portera sans doute à vérifier d'autres paramètres ; il pourra ainsi, après s'être assuré que l'affaire est susceptible d'être traitée par le juge étranger, veiller à ce que son transfert ne prive pas les parties du second degré de juridiction (*vid. règlement Bruxelles I, article 28.2°*) ou encore examiner si la décision attendue sera susceptible de reconnaissance et d'exécution dans la Caraïbe.

Article 21. *Compétence interne.* Lorsque les juridictions caribéennes sont compétentes en vertu de la présente loi, la compétence d'attribution et la compétence territoriale sont déterminées au besoin par les dispositions pertinentes du code de procédure civile.

À défaut de dispositions susceptibles de fonder la compétence territoriale, celle-ci est déterminée par transposition des chefs de compétence internationale. Lorsque cette transposition ne permet pas de déterminer la compétence territoriale, la demande est portée devant le tribunal choisi par le demandeur dans le respect des exigences de bonne administration de la justice et d'économie procédurale.

215. Sur l'argument que les questions de compétence interne relèvent du droit de la procédure civile nationale, puisqu'elles concernent directement le fonctionnement de l'appareil judiciaire étatique et la répartition des tâches entre les organes de celui-ci, la loi type dédiée au droit international privé aurait pu ne pas s'y intéresser. Cependant si cette thèse peut être soutenue avec quelque raison, il reste que très généralement, les règles de compétence interne ont été édictées exclusivement en considération de rapports litigieux de droit privé ne présentant aucun caractère international. Et pendant longtemps a dominé une conception publiciste de la compétence internationale articulée sur les notions de juge naturel et de lien d'allégeance politique, pour laquelle la désignation par la règle de compétence d'une juridiction nationale s'entendait comme d'une dévolution de l'affaire s'effectuant au bénéfice de l'État globalement considéré dans sa qualité de souverain. De cette représentation, il résultait que l'assignation ultérieure de la cause à un tribunal parmi tous les autres où s'exerçait cette juridiction nationale, portait sur un rapport privé international converti en rapport interne. Aujourd'hui, cette doctrine est contrainte de faire une place toujours plus large à une conception plus privatiste où les règles de compétence judiciaire internationale sont guidées dans leurs choix par la considération des intérêts privés des plaideurs et l'idée d'un rapport de droit international pour ainsi dire naturalisé par la règle de compétence internationale connaît un for déclin. Le règlement de la question de compétence internationale n'efface pas l'internationalité ; même si l'appréhension de la cause par la juridiction nationale atténue formellement ce caractère (puisque le rapport est voué à s'intégrer dans la machinerie de la justice étatique), matériellement celui-ci reste marqué (puisque le rapport est toujours aussi composite et plurilocalisé). C'est précisément

cette résistance de l'internationalité qui justifie que la loi type s'aventure dans le champ de la compétence interne.

216. En vérité l'entreprise est conduite avec précaution²⁹⁷. Le premier alinéa de l'article 21 laisse opérer les règles de compétence interne, matérielle et territoriale, et rend ainsi hommage à la conception publiciste en supposant toutefois que ces règles peu attentives aux besoins des relations privées internationales, ne leur sont pas contraires. Ce n'est que pour le cas où les chefs de compétence interne se révèlent inefficaces que le second alinéa opte pour des solutions propres aux litiges de caractère international. Ceci peut advenir à propos de la compétence territoriale interne lorsque, par exemple, la juridiction caribéenne est fondée sur la nationalité des parties alors qu'aucune des deux n'a de domicile dans la Caraïbe ; il est alors prévu de remédier à cette carence de rattachement par une transposition ou adaptation de la règle de compétence internationale qui lui confierait, en prolongement de sa fonction « générale », une fonction « spéciale » de localisation à l'intérieur de l'organisation judiciaire caribéenne, laquelle pourrait ici conduire au tribunal de la résidence même épisodique des intéressés sur le territoire. Mais il pourra aussi se faire que cette méthode n'apporte pas de résultat, il conviendra en ce cas de suivre le choix du demandeur pourvu qu'il soit conforme aux exigences de bonne administration de la justice et d'économie procédurale ; le juge saisi vérifiera par exemple que le demandeur s'appuyant sur une clause d'élection de for désignant généralement les tribunaux caribéens a choisi en s'adressant à lui un tribunal suffisamment proche des faits de la cause ou encore siégeant au lieu d'exécution nécessaire de la décision, ou tout simplement le plus commode pour les deux parties.

TITRE III

DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE

Chapitre I

Règles de conflit

Section I

Personnes

Article 22. *Jouissance et exercice des droits.* 1. L'attribution et le terme de la personnalité juridique sont déterminés par le droit caribéen.

2. L'exercice des droits civils est régi par la loi du domicile.

²⁹⁷CONC. : art. 34 et 35 de la loi suisse de DIPr ; art. 1071 du code roumain de procédure civile ; art. 146 du projet mexicain ; art. 20 du projet dominicain ; art. 112 du projet bolivien ; art. 20 du projet uruguayen.

217. L'article 22 régit dans son premier paragraphe la loi applicable à l'acquisition et à la disparition de la personnalité juridique. L'importance de la loi personnelle dans certaines familles de droit a conduit à considérer que la loi personnelle, qu'elle soit celle de la nationalité ou celle du domicile de la personne, devait régir ces dispositions. Une telle solution a toujours posé un problème de logique et de pratique quant à l'acquisition de la personnalité et à d'autres questions traditionnellement rattachées à cette acquisition, comme la protection juridique des droits de l'enfant conçu et à naître.

La vraie question à laquelle ce texte répond porte sur le moment où un être est considéré comme étant né et comme disposant de la personnalité juridique. Les réponses, bien connues, sont loin d'être uniformes en droit comparé et offrent des choix variés entre celles qui considèrent que la vie humaine existe aussi avant la naissance, et celles qui la rattachent à la naissance. Pour les premières, minoritaires, le point décisif en terme juridique est la détermination de la date de la conception. Pour les secondes, il existe une variété importante de positions parmi lesquelles certaines prennent en compte la simple *vitalité*, la naissance complète du fœtus, d'autres exigent seulement l'extraction du ventre de la mère (avec ou sans section du cordon ombilical) et celles qui, en plus, exigent que la naissance soit accompagnée de la viabilité à savoir d'une certaine autonomie vitale qui préjuge d'un futur après la naissance. Il existe des règles qui fixent une durée de vie après la naissance (24 heures, par exemple) et y compris – bien que ce ne soit que des résidus historiques insuffisamment actualisés – celles qui exigent une forme humaine déterminée excluant de leur champ les « avortons » qui ne peuvent pas être considérés comme des personnes nées.

Dans tous les cas, la simple divergence entre les différents ordonnancements, aussi petite soit-elle, nécessite d'identifier la loi applicable : par exemple, une simple différence entre le fait ou non d'exiger qu'un délai de vie de 24 heures s'écoule après la naissance, pose déjà une *questio iuris* entre la personne née en vie et viable mais qui, cependant, meurt dans les premières 24 heures.

218. La prise en compte des données factuelles prédominent ces diverses positions et, en définitive, le poids de l'ordre public est capital pour considérer ou non qu'un être est vivant et, à ce titre, sujet de droits et d'obligations. Aussi, le présent article opte-t-il pour une solution simple et unilatérale en se rapportant à l'application de la loi caribéenne. Le concept de la personne et de sa capacité juridique ne peut être soustrait par une législation étrangère quelle qu'elle soit.

219. Cette solution résout également des problèmes logiques et pratiques que d'autres alternatives pourraient poser, et plus précisément le recours à la loi de la nationalité et à celle du domicile de la personne. Il s'avère évident que d'envisager l'acquisition de la personnalité juridique en fonction de la loi nationale de la personne conduit à un cercle vicieux qui ne pourrait même pas être rompu de façon satisfaisante en recourant par fiction à l'*hypothétique loi nationale* et ce serait seulement si

celle-ci considérerait que la personnalité est effectivement acquise qu'il faudrait la reconnaître et qu'il faudrait la refuser dans le cas contraire. Il en est de même pour le domicile. Dans tous les cas, il convient de reconnaître que les deux possibilités seraient viables dès lors qu'il s'agit de vérifier l'acquisition de la personnalité juridique par un être *effectivement* né. Mais dans les cas qui touchent au *conceptus* ou au *concepturus* et qui ont une portée juridique en termes de droits et d'obligations, la solution consistant à se référer à une loi personnelle hypothétique reste pratique.

Effectivement, des articles vont dans ce sens, par exemple, l'article 17 du code civil vénézuélien détermine que « Le fœtus sera considéré comme né dès lors que cela est bénéfique pour lui, et pour être considéré comme une personne, il suffit qu'il soit né vivant ». Non seulement, il est fait référence au *nasciturus conceptus*, mais également au *concepturus*, ou enfant non encore conçu, lorsque par exemple l'article 1.443 dispose que « Les enfants à naître d'une personne déterminée peuvent recevoir des donations, même s'ils ne sont pas encore conçus... ». Évidemment, recourir à une loi nationale future ou à celle du domicile introduit un paramètre incertain : on ne sait pas quelle sera la loi nationale du *conceptus* ou du *concepturus* jusqu'à la date de la naissance. En matière de nationalité, on ne connaît pas à cent pour cent la nationalité des parents au moment de la naissance (en cas de transmission *iure sanguinis*) ni, non plus, le lieu de la naissance (en cas de transmission *iure soli*). Faire de la fiction au moment où une mesure doit être adoptée – par exemple une mesure conservatoire pour la protection d'éventuels droits – s'avère complexe. Et attendre la naissance est inefficace.

L'application de la loi du for est une solution simple et sûre qui, non seulement doit céder sa place, dans les derniers cas mentionnés, au profit de la loi qui est applicable au fond du droit en question. Ainsi s'il s'agit de droits successoraux ce sera au profit de la loi qui régira la succession, par exemple, s'il s'agit d'une donation dans les termes mentionnés à l'article 1443 du code civil vénézuélien, ce sera au profit de la loi qui régira la donation²⁹⁸.

220. La disparition de la personnalité juridique, qui est généralement liée uniquement à la mort physique de la personne, pourrait sans poser aucun problème technique être régie par la loi personnelle de l'intéressée (quelle qu'elle soit) étant entendue qu'elle serait facilement identifiable (par la nationalité, le domicile ou autre). Opter pour la loi du for est également simple et prévisible et, surtout, cela correspond le mieux au besoin de proximité entre les éléments strictement médicaux ou médico-légaux et les éventuelles dispositions légales qui déterminent le moment de l'extinction de la personnalité.

221. Quant au second paragraphe, il ne vise pas l'exercice des droits civils, protégés par une garantie constitutionnelle et donc que nous pourrions qualifier d'ordre public, (dans le sens de l'article 3, II du code Bustamante) mais il vise les droits civils

²⁹⁸*Vid. infra* le commentaire de l'art. 44 de la présente loi.

personnels ou « d'ordre public interne » qui sont soumis à la loi du domicile, ce qui est relativement commun pour des raisons purement opérationnelles²⁹⁹.

Article 23. Capacité et état des personnes. 1. Sans préjudice des autres dispositions de la présente loi, la capacité et l'état de la personne physique sont régis par la loi de son domicile. Toutefois, les conditions de capacité spécialement exigées par la loi applicable à un rapport de droit déterminé sont gouvernées par la loi régissant ce rapport de droit. Sont exceptés les cas d'incapacité visés par l'article 50.

2. Le changement de domicile ne peut réduire une capacité acquise.

222. L'article 23 pose la règle classique de la capacité et de l'état civil des personnes en disposant que ces aspects, directement rattachés à la personne, seront régis par la loi du domicile³⁰⁰.

223. Concernant la capacité, le droit comparé révèle deux lignes principales pour déterminer la loi applicable à la capacité juridique des personnes physiques. La première traite des problèmes de capacité dont la personne doit jouir pour pouvoir consentir tout acte ou engagement. La deuxième traite de la capacité de la personne en soi indépendamment de tout acte ou engagement sur lequel portent le ou les problèmes. La première viserait la capacité de la personne correspondant au cumul de toutes les capacités spécifiques reconnues par diverses lois. Cela aurait pour étrange conséquence de considérer qu'une personne aurait la capacité pour prendre un type d'engagement au titre de circonstances et de dispositions légales définies, et que dans un cas identique ou similaire mais régi par une loi différente, cette même personne serait dépourvue de toute capacité pour s'engager. La sécurité juridique des personnes s'en trouverait, dès lors, affectée. Cela explique certainement pourquoi la capacité rattachée à un acte spécifique et concret est complétée par une solution plus stable que l'on trouve principalement dans la zone d'influence de la *common law*, et selon laquelle la loi applicable à l'acte se combine alternativement avec la loi du domicile de la personne³⁰¹. Une combinaison qui joue en faveur de la capacité des personnes et qui, par conséquent, offre davantage de possibilité d'être considéré capable pour consentir un acte déterminé³⁰². Dans tous les cas, ce point de vue favorable à la capacité juridique peut avoir pour contrepartie, comme cela a été indiqué,

²⁹⁹ Cela comprend également les systèmes construits autour de la loi nationale comme de la loi personnelle.

³⁰⁰CONC. : art. 16 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 26 du code panaméen de DIPr ; art. 3083 du Cc du Québec ; art. 34 du code belge de DIPr ; art. 20 et 23 de la loi italienne de DIPr ; art. 12 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 11 la loi polonaise de DIPr ; art. 21 du projet dominicain ; art. 21 du projet bolivien ; art. 17 du projet uruguayen ; art. 18 du projet colombien.

³⁰¹Vid. J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, p. 348, documentant également les qualités de cette approche.

³⁰²Art. 18 de la loi vénézuélienne de DIPr.

qu'une personne incapable au regard de sa loi personnelle (dans ce cas, celle du domicile) puisse être considérée comme capable ou non selon l'acte concret à consentir.

L'article 23 propose une solution fixe, prévisible et stable en optant pour la loi personnelle matérialisée par la loi du domicile, à savoir le centre de vie et des intérêts de la personne concernée. Le rattachement au domicile n'est pas exclusif en droit comparé et même au sein des pays caribéens, il existe des lois personnelles fondées tant sur la nationalité³⁰³, que sur le domicile³⁰⁴. Les deux critères sont suffisamment solides même si, concernant leur stabilité, la loi de la nationalité s'avère habituellement plus efficace, alors que concernant le degré de rattachement de la personne, c'est la loi du domicile qui est la plus efficace.

224. Dès lors que des conditions accessoires et spécifiques viendront s'ajouter à la notion générique de capacité juridique afin de permettre valablement d'effectuer un acte déterminé, dans ce cas les lois qui régiront le rapport juridique seront appelées à régir également les conditions spéciales de la capacité objet de cet article. Les conditions spéciales requises pour, par exemple, tester ou conclure un pacte successoral, seront fixées soit par la loi qui régira la succession, soit par la loi qui régira la forme de la disposition testamentaire, dans le cas où de telles conditions pourraient porter sur la forme³⁰⁵. Il en sera autrement dans le cas d'autres capacités ou incapacités spécifiques pour recevoir la succession et qui dépendra de la spécificité de la situation ou de la relation entre le défunt et la personne éventuellement objet du problème de capacité (son dernier confident, son dernier conseiller juridique, le notaire chargé de la rédaction de l'acte, etc.) Sortiront également du champ d'application pure et simple de la loi personnelle, les conditions spéciales requises, par exemple, pour établir une déclaration de reconnaissance volontaire de paternité ou pour procéder à l'adoption d'un enfant mineur (âge minimum ou différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté), pour contracter mariage, pour que le tuteur puisse disposer des biens d'un pupille et toutes autres situations similaires.

225. L'article 23 pose, en outre, une réserve quant à l'*exception d'intérêt national* régie par l'**article 50** de la présente loi. Il s'agit d'une exception fondée sur une large tradition dans le domaine de la protection de la confiance légitime dans les relations d'affaires³⁰⁶ au profit de la loi du lieu où la transaction est réalisée. Cette exception peut-être bilatérale comme cela est le cas dans les derniers textes des conventions ou

³⁰³Art. 12.1 du Cc cubain ; art. 3 du Cc dominicain ; Départements et collectivités territoriales françaises dans l'espace de la Caraïbe : héritage du droit français..

³⁰⁴Le code Bustamante (art. 7) les considère toutes deux comme des lois personnelles possibles.

³⁰⁵*Vid. infra* le commentaire de l'**art. 42** de la présente loi.

³⁰⁶Le premier cas paradigmatique a été celui sur lequel la Cour de Cassation française a statué dans l'arrêt Lizardi du 16 septembre 1861, où un citoyen mexicain qui prétendait faire valoir en France son incapacité dérivée de la loi mexicaine dans le but de se soustraire aux obligations des contrats qu'il avait signé en France. La Cour de Cassation a considéré que la loi personnelle était non-discutable et que M. Lizardi était capable juridiquement au regard de la loi française (B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} Ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 39–40 et ses observations, pp. 40–46).

règles institutionnelles de l'UE³⁰⁷ ou unilatérale (au bénéfice de la loi de la Caraïbe) comme le prévoit la présente loi type. Elle tranche, dans tous les cas, en apportant une réponse claire et absolument cohérente, d'un point de vue de la répartition de la charge de l'information dans les relations commerciales³⁰⁸.

226. Le second grand concept régi par cet article porte sur l'état civil de la personne. Ce concept se définit difficilement sous ses diverses acceptions et il existe, d'une part, un noyau dur de certitude positive quant à la filiation, le mariage, la majorité (capacité) et, d'autre part, une zone d'incertitude quant à savoir, par exemple, si la nationalité ou le domicile en font partie. L'une des meilleures analyses descriptives réalisées sur cette question indique que « L'état civil est une qualité de la personne qui dépend de la réalité naturelle (l'existence en soi) ou sociale (l'existence de façon stable au sein de groupes sociaux importants) et qui détermine sa dépendance ou son indépendance juridique, sa capacité juridique et son champ d'action et de responsabilité... sans qualité naturelle ou sociale reconnue à la personne, il ne peut être question d'état civil. Toutefois, si cette qualité n'est pas prise en compte par l'ordre juridique pour déterminer la capacité juridique, il n'existe par conséquent pas de véritable état civil »³⁰⁹. Il en résulte que l'état civil est décrit par un large éventail de situations et de rapports juridiques qui seront régis par la loi du domicile, en vertu de l'article ici commenté. Il s'agit dans ce cas d'une règle principale ou générique se trouvant subordonnée à l'existence d'autres règles de conflit susceptible de disposer de solutions spécifiques portant sur des aspects particuliers de l'état civil : prénoms et nom, filiation naturelle, adoption, mariage, etc. Cette règle générale sert à mettre en évidence l'importance de la loi du domicile pour les matières portant sur le statut personnel, elle sert également à réaffirmer le caractère structurel du principe de la loi applicable prévu par la loi et, dans cette condition, elle sert à élucider, le cas échéant, les éventuels vides juridiques face à des situations non expressément prévues par la loi. Ce genre de situations est loin d'être rare dans la mesure où la présente loi type vise à régir les relations de droit international privé de nature civile et commerciale³¹⁰. Cela n'exclut pas, bien au contraire, que les autorités caribéennes puissent être confrontées à des questions méconnues, ou ne correspondant pas exactement aux institutions régies par la loi du for, et pour lesquelles il convient pourtant de fournir une réponse concrète. Le poids de la loi du domicile conditionne ces réponses et pose en quelque sorte le problème ainsi : un statut personnel fort est de nature absorbante au regard du rattachement à la loi du domicile.

³⁰⁷*Vid.* l'art. 36 de la loi suisse de DIPr ou l'art. 13 du règlement (CE) n° 593/2008, du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : « Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part. » Cette règle est également en vigueur dans certains territoires de la Caraïbe (*vid.* le rapport relatif à l'héritage français).

³⁰⁸J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Cizur Menor, Civitas–Tomson–Reuters, 2013, p. 350.

³⁰⁹F. de A. Sancho Rebullida, "El concepto de estado civil", *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Profesor Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, pp. 741–810, pp. 797–798.

³¹⁰*Vid. supra*, le commentaire de l'art. 1 de la présente loi.

227. L'article 23 se termine par l'énonciation d'une règle déjà classique en matière de loi applicable à la capacité juridique et qui résout le passage d'une loi applicable (loi du domicile) au titre de laquelle une personne est considérée capable, vers une autre loi (nouveau domicile) au titre de laquelle la capacité de la même personne n'est pas reconnue. Il s'agit d'éviter pour des raisons évidentes de sécurité juridique, qu'une personne perde la capacité juridique qu'elle aurait déjà acquise. Par exemple, celui qui serait considéré comme majeur conformément à une loi antérieure mais mineur conformément à une loi nouvelle ou celui qui pourrait être émancipé au titre de la loi antérieure (*v.gr.*, le mineur après avoir contracté mariage) et qui ne pourrait pas l'être au titre de la loi nouvelle³¹¹.

Article 24. Droits de la personnalité. 1. L'existence et le contenu des droits de la personnalité sont régis par la loi du domicile de la personne. Toutefois, les droits de la personnalité nés d'un rapport de famille ou de succession sont régis par la loi applicable à ce rapport.

2. Les conséquences de la violation des droits mentionnés au paragraphe précédent sont régies par la loi applicable à la responsabilité civile pour fait illicite.

228. La protection de la personne à travers la reconnaissance des droits de la personnalité est apparue tardivement dans la doctrine privatiste européenne du XIX^{ème} siècle et a été reprise dans les codes civils du XX^{ème} siècle. Bien qu'il n'existe pas de définition légale des droits de la personnalité, il convient de noter dans leur acception la plus classique, qu'ils constituent un instrument de protection de la personne physique, considérée à la base comme titulaire de prérogatives, biens ou droits qui sont inhérents à sa condition humaine et dont la violation ouvre droit à réparation, tant sur le plan patrimonial que moral.

Il comprend les droits visant à protéger l'intégrité personnelle de l'être humain, à la fois sous l'angle physique (la vie et l'intégrité physique) et sous l'angle moral (l'honneur, l'intimité, l'image, à la protection des données personnelles, l'identité, y compris le droit au nom, et dont la présente loi type apporte des solutions individualisées. Il convient d'y ajouter le droit moral de l'auteur, ainsi que le droit à la liberté sous ces multiples manifestations concrètes (liberté de penser et de culte, d'expression, d'information, de mouvement, etc.) s'y trouvant englobés³¹².

229. L'article 24 de la présente loi type soumet l'existence et la portée de ces droits à la loi du domicile (à la loi personnelle)³¹³. Cela n'a rien de bien étrange si l'on

³¹¹Art. 17 de la loi vénézuélienne de DIPr.

³¹²*Vid.* A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^{ème} éd., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.

³¹³ CONC. : art. 24 de la loi italienne de DIPr ; art. 16 de la loi polonaise de DIPr ; art. 22 du projet dominicain ; art. 11 du projet mexicain.

prend en compte sa physionomie et son rattachement indissoluble à la personne. À noter, en tout cas, que la loi personnelle détermine uniquement l'*existence et le contenu* de ces droits, et non pas les circonstances de leur violation ni l'étendue et les modalités de leur réparation³¹⁴.

Toutefois, il convient de préciser que selon l'importance de certains de ces droits, tels que nous les avons énumérés, il est possible que la loi du for prévale sur la loi personnelle. Cela s'explique par le fait que le lien entre les droits de la personnalité et les droits fondamentaux ne sont pas très bien délimités. Il s'avère de plus en plus patent que la valeur donnée à la personnalité dans un ordonnancement juridique constitue une unité et, à ce titre, jouit d'une protection intégrale. Dans ce contexte, il peut sembler artificiel que, par exemple, la liberté de penser ou le droit à la vie privée puissent relever d'une autre loi que celle du for (et la loi fondamentale du for). En réalité dès lors qu'il s'agit de droits ou de biens de la personnalité, il s'agit en fait de la tutelle civile de la personnalité, qui relève également des tutelles constitutionnelle, pénale, administrative. Et selon les ordonnancements juridiques, cette tutelle est plus ou moins protégée par les droits fondamentaux qui sont, par conséquent, dans le giron de la loi du for. Évidemment cela s'avère très clair en matière de droit au prénom, au régime du nom de famille, du droit à l'image... pour lesquels le législateur dispose d'une grande marge d'appréciation, non pas pour les reconnaître (bien que cela soit aussi probablement le cas) mais surtout pour en définir le *contenu*.

230. Il faut insister sur l'importance du présent article car même si les manuels rappellent fréquemment la nature extrapatrimoniale des droits de la personnalité, personne ne peut nier l'augmentation importante de leur valeur économique observée de nos jours. Et cela augmente notablement l'éventuelle commercialisation des droits, à l'image, la vie privée, le nom ou la voix, par exemple, surtout s'ils sont associés à des personnes publiques. C'est la raison pour laquelle, la question extrapatrimoniale est très sérieusement débattue en mettant l'accent sur le fait que derrière les droits de la personnalité se trouvent des intérêts de nature tant patrimoniale qu'extrapatrimoniale. La question revêt une importance primordiale car la dualité d'intérêt qui se présentera dans un cas précis de droit de la personnalité obligera à se demander si l'aspect patrimonial du droit en question mérite ou non la même protection absolue que son aspect extrapatrimonial ou si les seuls droits extrapatrimoniaux présentent cet aspect extrapatrimonial. La règle ne régit pas, par exemple, les contrats ayant pour seul objet l'un des droits de la personnalité (droit à l'image, à la voix...), cet aspect sera régi par la loi applicable à l'accord passé.

231. La solution principale et générale fait exception en s'en remettant accessoirement à la loi dont découle le droit de la personnalité. L'article se réfère au rapport de famille ou de succession et il faut comprendre également que la loi applicable au nom fait exception (bien que parfois la réponse de la loi applicable soit la même).

³¹⁴*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 53** de la présente loi.

Les droits de la personnalité dont l'existence (et la tutelle) pourra être prolongée au-delà de la mort de son titulaire seront régis par la loi qui gouverne la succession, sous son aspect tant extrapatrimonial (protection de l'honneur du défunt), que patrimonial³¹⁵.

232. Tout comme les aspects strictement commerciaux portant sur les droits de la personnalité, susceptibles d'être commercialisés, seront régis par la loi applicable à l'accord passé, la violation de ces mêmes droits relèvera de la loi applicable à la responsabilité non contractuelle³¹⁶.

Article 25. Nom et prénoms. 1. Les nom et prénoms d'une personne sont régis par la loi du domicile au moment de la naissance.

Toutefois, au moment de la déclaration de naissance, les parents d'un commun accord ou celui d'entre eux qui détient la responsabilité parentale pourront décider que les nom et prénoms de l'enfant seront régis par la loi nationale de celui-ci.

2. Dans tous les cas, la déclaration de naissance d'une personne et son inscription sur les registres caribéens sont régis par la loi de la Caraïbe.

233. Le régime applicable aux noms des personnes physiques a été traditionnellement celui soit de la loi personnelle, qu'il s'agisse de la loi nationale ou de celle du domicile, soit de la loi de la relation juridique à l'occasion de laquelle se pose la détermination du nom et, plus particulièrement du nom de famille. Il conviendrait, en ce sens, de faire un choix entre la loi personnelle et la loi qui régit les relations de filiations paternelles, ou la loi qui régit les effets du mariage, par exemple, pour déterminer le régime des prénoms et noms issus d'une relation de filiation ou d'une relation matrimoniale.

La solution retenue vise, en premier lieu, à apporter une réponse basée par la loi personnelle, à savoir la loi du domicile et, en second lieu, à désigner temporairement

³¹⁵Les exemples ne sont pas abondants dans le droit comparé, mais l'un d'entre eux est suffisamment représentatif. Il s'agit de l'arrêt du BGH du 1^{er} décembre 1999 (affaire *Marlene Dietrich*), où la haute cour allemande a dû décider si, pour le droit allemand, le droit de contrôler l'exploitation commerciale de la personnalité faisait partie ou non de l'héritage. L'unique fille et héritière de Marlene Dietrich a porté plainte contre un producteur musical qui a permis à une entreprise d'utiliser le nom et l'image de l'actrice pour l'édition spéciale d'une voiture et a autorisé le fabricant des photocopieuses Xerox à utiliser le pseudonyme « Ange bleu » dans une publicité. La requérante alléguait la violation des droits de la personnalité de la défunte et demandait à ce que toutes les activités décrites soient arrêtées et réclamait compensation pour les dommages causés qui, jusque là, avait été refusée par les cours allemandes dans des cas similaires. Le BGH a dû statuer sur deux questions fondamentales : (a) la question de savoir si les droits de la personnalité, en plus de protéger les valeurs immatérielles, protègent également les intérêts économiques et (b) si ces droits peuvent être transmis ou non aux héritiers à la mort de leur titulaire.

³¹⁶*Vid. Infra* le commentaire de l'art. 53 de la présente loi.

la loi du domicile au moment de la naissance de la personne³¹⁷. Par conséquent, il est procédé à un traitement singulier et unitaire par application d'une seule loi : une loi unique qui régit de façon indépendante le caractère aléatoire de cette question (dans le cas où une personne contracte un ou plusieurs mariages successifs, s'il change de filiation suite à une action ou un recours ou suite à une reconnaissance volontaire de filiation...). En outre, cela résout le problème du conflit mobile : désigner quelle loi personnelle régit la détermination du régime du prénom et du nom dès lors que la personne en question a possédé plus qu'un domicile tout au long de sa vie. Le rattachement domiciliaire au moment de la naissance assure sécurité et stabilité.

À partir de cette perspective, la loi rejoint, d'une part, tout en s'éloignant, d'autre part, de certaines réponses conventionnelles qui sont contenues dans la codification internationale dans cette matière, et plus particulièrement, la Convention n° 19 de la Commission internationale de l'état civil (CIEC), relative à la loi applicable aux noms et prénoms, signée à Munich le 5 septembre 1980. Ainsi, par exemple, la solution retenue est la loi personnelle comme l'unique loi et ce, indépendamment de la relation juridique de laquelle émane le problème des noms ou prénoms³¹⁸. D'autre part, elle résout le problème du conflit mobile de manière différente que ladite convention qui opte pour appliquer successivement les différentes lois personnelles desquelles la personne en question pourrait relever tout au long de sa vie. C'est non seulement parce que le domicile est un rattachement, en quelque sorte, plus facile à changer que la nationalité, mais surtout parce que le nom requiert une stabilité, que la présente loi ne conçoit pas un changement de régime applicable comme conséquence à un changement de domicile. Ainsi, la stabilité du régime du nom est renforcée. Une stabilité qui constitue une valeur matérielle évidente, apparentée au droit à l'identité et au respect des droits humains³¹⁹.

234. De même sur cette dernière remarque, la solution principale retenue par la loi type se trouve, toutefois, accompagnée d'une possibilité de s'en remettre à une *professio iuris* au profit de la loi nationale de la personne en question. Sans préjudice que les noms et prénoms d'une personne constituent un élément fondamental d'identification au sein de la société dans laquelle elle est intégrée et que, en tant que telle, l'application de la loi de son domicile coïncide avec une loi proche, une loi connue

³¹⁷CONC. : art. 37 de la loi suisse de DIPr ; art. 37 à 39 du code belge de DIPr ; art. 13 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 15 de la loi polonaise de DIPr ; art. 12 à 15 du projet mexicain ; art. 23 du projet dominicain ; art. 19 du projet colombien.

³¹⁸Toutefois, dans le cas de la convention susmentionnée, la loi personnelle qui a été choisie est celle de la nationalité et non pas du domicile.

³¹⁹Nombreux sont les exemples dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Même s'il ne peut être affirmé clairement que la conception favorable à la continuité du nom en fonction des intérêts de la personne est absolue (face à des cas dans ce domaine, CEDH du 22 février 1994, *Burghartz*, ou CEDH du 19 février 2005, *Ünal-Tekeli*, l'intérêt de l'État est d'avantage valorisé : CEDH du 7 décembre 2004, *Mentzen alias Mencena* ; CEDH 17 du février 2011, *Golemanova*). Il existe bien une prépondérance du droit à l'identité et à la continuité du nom quand les intérêts de l'État préconisant le changement supposent un préjudice important pour la personne, qui se voit empêchée de continuer à utiliser un nom auquel il se sent identifié.

et une loi facilement identifiable, il existe une autre dimension à signaler. Le prénom et le nom d'une personne constituent un élément fondamental de la super-personnalité et de son identité personnelle et culturelle devant être préservée car les noms et prénoms participent indéniablement à l'identification psychologique, familiale et sociale de l'individu³²⁰. La loi de la nationalité de la personne physique, qui se voit écartée par la présente loi type, constitue pourtant une référence de base en termes de rattachement identitaire. Elle constitue certainement la référence fondamentale car il s'avère tout à fait normal que les personnes physiques se qualifient elles-mêmes ou s'identifient elles-mêmes comme des ressortissants colombiens, vénézuéliens, cubains, etc. au lieu de se référer au pays dans lequel elles résident. Cela explique l'insertion du deuxième alinéa qui, sans obligation aucune – puisque la règle conserve le rattachement domiciliaire au moment de la naissance – introduit la possibilité d'opter pour la loi nationale de l'intéressé. Étant donné que, en vue de résoudre les problèmes posés par un éventuel conflit mobile, la présente loi est temporairement située au moment de la naissance, il en résulte que le choix appartient à la ou les personnes qui détiennent la responsabilité parentale. Dans le cas où plus d'une personne la détiendrait, le choix devra être effectué d'un commun accord. À défaut d'accord, il ne pourra pas être recouru à une quelconque instance comme un juge ou toute autre autorité ayant le pouvoir de trancher. Dans ce cas, la règle générale tranche en appliquant la loi du domicile, comme indiqué.

Dans le cas où l'intéressé posséderait plus d'une nationalité, aucun obstacle ne pourra lui être opposé quant au choix qu'il ferait pour l'une ou l'autre des nationalités qu'il détiendrait au moment de sa naissance. Il convient de retenir que la possibilité de choix de la loi nationale n'implique pas que ce soit celle qui est la plus liée à la situation analysée (à savoir le régime des noms et prénoms), mais celle qui sera la plus en conformité avec l'identité culturelle de l'intéressé, conformément à sa propre volonté (évidemment, dans ce cas, ce sera la volonté de ceux qui détiendront la responsabilité parentale de l'enfant). Dans ces circonstances, il n'existe aucun facteur susceptible de restreindre le nombre potentiel de lois nationales, comme celui qui limiterait à une nationalité effective ou à la nationalité correspondant à la résidence habituelle de la personne (ce qui viderait de son contenu la possibilité de choisir la loi, qui est prévue par la règle générale). À noter que la situation dont il est question correspond au moment où la naissance est déclarée.

235. La présente loi ne régit pas le problème typique qui se pose habituellement avec le régime des noms et prénoms d'une personne, à savoir la loi applicable à la question préalable dont dépendra le régime des noms et prénoms de la personne. Il s'agit d'un problème classique de fonctionnement de la règle de conflit, agité par une vive controverse doctrinale³²¹, mais qui n'a pas été suffisamment traité par les textes

³²⁰M.A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 32–40.

³²¹*Vid.* les rapprochements classiques de W. Wengler, "Die Vorfrage im Kollisionsrecht", *RebelsZ*, 1934, pp. 148–251 et P. Lagarde, "la règle de conflit applicable aux questions préalables", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 459–484.

législatifs³²². Alors que le régime juridique des noms et prénoms relève clairement de la loi du domicile au moment de la naissance, par contre la filiation paternelle ou maternelle susceptible de déterminer le régime du nom, ainsi que le mariage susceptible de modifier le nom *ex lege* ou de par la volonté de l'un des époux, restent en marge du champ d'application matérielle de l'article 25. La solution expresse au problème type que pose la question préliminaire (*v.gr.*, quelle loi s'applique à la filiation – question préliminaire – de laquelle dépend l'attribution des noms – question principale-) ne figure pas dans le chapitre II du titre III de la présente loi type et la réponse la plus adaptée à la structure et aux principes de la présente loi type réside dans l'application indépendante de chaque loi, sans que l'une ne puisse interférer sur l'autre. Cela apparaît de manière évidente dans les dispositions de l'article 64 de la présente loi qui impose l'application d'office des règles de conflit contenues dans la présente loi ainsi que dans les conventions internationales signées par la Caraïbe³²³.

236. La présente loi ne s'étend pas, non plus, sur les questions se rapportant au régime du changement des noms et prénoms. Sans écarter le poids qui pèse sur l'autorité publique pour régler ce type de changement, qui quand elle est requise doit trancher sur la demande de changement de nom et de prénom, il convient toutefois de signaler que l'article 25 traite des cas de changement de nom et prénom intervenant *ope legis* suite à un changement d'état civil de la personne concernée. Le fait que, d'une façon générale, l'état civil soit régi aussi par la loi du domicile³²⁴ facilite la cohérence juridique et évite l'éventuelle conséquence négative de l'application de deux lois différentes sur deux points relevant pourtant de la même situation d'ensemble.

Toutefois, le rapport qui existe entre l'autorité compétente et les motifs du changement de noms et/ou de prénoms requiert la présence indispensable d'une liaison *forum-ius*, au regard de laquelle chaque autorité requise applique sa propre loi. Dans la pratique, cela peut conduire à ce que les autorités caribéennes ne puissent pas autoriser le changement de noms et /ou de prénoms du fait que leur propre loi n'est pas applicable, c'est-à-dire quand elles ne seront pas les autorités du domicile de la personne concernée au moment de la naissance. Dans ce cas, les questions relatives au changement de nom et de prénom d'une personne seront tranchées, non pas comme une question relative à la loi applicable, mais comme une question relative aux conditions de reconnaissance du changement autorisé par une autorité étrangère. Dans ce cas, il s'avère raisonnable qu'il n'y ait pas d'obstacle pour reconnaître ce changement, qui aura été autorisé par l'autorité du domicile de l'intéressé au moment de la naissance, et que, pour les autres situations, une vérification au cas par cas soit effectuée (*v.gr.*, autorisation du changement de noms par les autorités nationales de l'intéressé). Cela signifie que, en l'absence de dispositions expresses, les situations

³²²L'art. 6 de la loi vénézuélienne de DIPr est une exception en la matière : « Les questions préliminaires, préliminaires ou incidentes pouvant découler d'une question principale ne doivent pas nécessairement être résolues conformément au droit qui régit cette dernière. » Il s'agit d'une règle ouverte, qui n'offre pas de solution restrictive.

³²³L'art. 1 de la convention de Munich mentionnée précédemment apporte une solution différente sur ce point.

³²⁴*Vid. supra*, art. 24 de la présente loi et son commentaire.

créées au regard d'un droit étranger ou d'un droit de la Caraïbe, par une autorité considérée comme compétente au regard de critères internationalement reconnus comme rationnels et admissibles pour autoriser le changement de noms ou de prénoms, devra produire tous ses effets dans la Caraïbe, sauf s'ils sont contraires à son ordre public³²⁵.

Article 26. Déclaration d'absence ou de décès. La déclaration d'absence ou de décès est déterminée par la loi de l'État où la personne avait son domicile avant sa disparition.

L'administration provisoire des biens de l'absent sera régie par la loi de l'État sur le territoire duquel celui-ci avait son domicile et, si ce domicile ne peut être déterminé, par la loi de la Caraïbe.

237. Le rattachement, dans cet article, est le même que celui utilisé à titre général, dans la présente loi type, en matière de capacité et d'état civil. Cela correspond à l'encadrement systématique de l'absence et de la déclaration de décès qui est fait par les matières propres à l'état civil³²⁶.

Conformément à l'opinion largement répandue en droit comparé, la déclaration d'absence ou de décès fait partie du statut personnel. Nombreux sont ceux qui relèvent les similitudes entre ces situations et la modification de l'état civil ou de la capacité en général. Cela s'explique finalement par le fait que ces situations portent sur l'ensemble de la personnalité et de la situation juridique de l'individu, en tant que principe reconnu par tous les ordonnancements qui soumettent ses situations à la loi applicable au statut personnel, ordonnancement qui présente le rattachement le plus étroit avec la personne physique. En outre, ce choix offre l'avantage supplémentaire de révéler la possibilité d'un traitement conflictuel unitaire de toutes les situations et tend à coïncider – pas toujours évidemment – avec la loi applicable aux situations résultant des effets fondamentaux de la déclaration (succession et famille).

Le choix du statut personnel exige en tout cas d'être coordonné au recours nécessaire à la *lex fori* pour ce qui concerne les questions procédurales, dont la limite avec les règles substantielles s'avère particulièrement complexe dans ce domaine.

Article 27. Sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée. 1. Les sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée sont régies par le droit selon lequel elles sont constituées.

³²⁵*Vid.* la règle générique de l'art. 5 de la loi vénézuélienne de DIPr.

³²⁶CONC. : art. 41 de la loi suisse de DIPr ; art. 41 du code belge de DIPr ; art. 22 de la loi italienne de DIPr ; art. 14 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 14 de la loi polonaise de DIPr ; art. 24 du projet dominicain ; art. 17-19 du projet mexicain ; art. 25 du projet bolivien ; art. 19 du projet uruguayen ; art. 38 du projet colombien.

2. La loi applicable aux sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée gouverne :

- i) l'existence, la capacité et la nature de la société ;**
- ii) le nom et le siège social ;**
- iii) la constitution, la dissolution et la liquidation ;**
- iv) la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des organes sociaux ;**
- v) les relations internes entre associés et les rapports entre la société et les associés, ainsi que les obligations à caractère social des administrateurs ;**
- vi) l'acquisition, la perte et la transmission de la qualité d'associé ;**
- vii) les droits et obligations afférents aux actions ou aux parts sociales et à leur exercice ;**
- viii) la responsabilité des associés et administrateurs en cas de manquement à la réglementation des sociétés ou aux statuts de la société ;**
- ix) l'étendue de la responsabilité à l'égard des tiers à la société du fait des agissements de ses organes.**

238. L'article 27 traite de deux questions essentielles pour le DIPr des sociétés. D'une part, la détermination de la loi personnelle de la société (sa *lex societatis*) et, d'autre part, la portée de cette loi, à savoir les domaines matériels régis par la *lex societatis*³²⁷. Cette question présente, sans doute, un fragile point d'équilibre entre les intérêts des différents intervenants dans les relations juridiques et les solutions qui sont adoptées, dans le cadre d'une organisation internationale comme l'OHADAC, afin de respecter les spécificités de l'intégration internationale. Ces spécificités sont, en principe, éloignées des modes de résolutions unilatérales susceptibles d'être adoptés par le législateur interne.

239. Quant à la détermination de la *lex societatis*, il a été décidé d'opter pour la loi de l'État de constitution. Cette loi correspond, dans la majorité des cas, à celle du siège social, étant entendu que le siège social est le lieu formel ou statutaire qui figure, selon le droit du pays de constitution, dans l'acte de constitution de la société ou dans ses statuts. Ce concept, dans certains pays, sera remplacé par l'établissement enregistré³²⁸.

Pour les sociétés de capitaux, la détermination de l'État de constitution ne présente aucun doute, ni possibilité de litige, quant à l'existence formelle d'un siège social.

³²⁷CONC. : art. 27 du code panaméen de DIPr ; art. 154 et 155 de la loi suisse de DIPr ; art. 3087 du Cc du Québec ; art. 25 de la loi italienne de DIPr ; art. 1 du code belge de DIPr ; art. 17-21 de la loi polonaise de DIPr ; art. 25 du projet dominicain ; art. 26 du projet bolivien ; art. 33 du projet uruguayen ; art. 45 du projet colombien.

³²⁸*Registered office, vid.*, par exemple, l'art. 3.5.b) de la *Companies Act* des Bahamas de 1992, ou l'art. 168 de la *Companies Act* de la Barbade : « A company must at all times have a registered office in Barbados. »

Dans ce type de société, la personnalité juridique requiert l'inscription de la société créée dans un registre rattaché au pouvoir public. Par conséquent, la loi nationale qui régira le registre sera celle qui déterminera la loi de la société. En outre, et habituellement, pour que la constitution de la société soit valable, il faut qu'elle fixe son siège statutaire ou son établissement enregistré dans l'État de constitution. Par conséquent, il n'existe aucun doute dans ce cas quant à la détermination de la *lex societatis*. Ce critère est facilement identifiable et, en outre, il répond aux exigences du droit international privé, comme nous le verrons.

Deux précisions doivent, toutefois, être apportées. La première concerne le droit de l'État de constitution qui suppose l'abandon du traditionnel rattachement, en contexte américain, établi par le code Bustamante. Ce rattachement figurait dans ce code aux articles 18 et 19 qui disposaient : « Les sociétés civiles commerciales ou industrielles, qui ne sont pas anonymes, auront la nationalité du lieu où le contrat de la société a été établi et, le cas échéant, celle du lieu où sont situés les organes de gérance ou de direction principale » (article 18). « Pour les sociétés anonymes, leur nationalité sera déterminée par le contrat de la société et, le cas échéant, par la loi du lieu où se tiendra l'assemblée générale des actionnaires et, à défaut, le lieu où se tiendra la principale assemblée ou le conseil de direction ou d'administration. Il est notoire que le rattachement à une nationalité des sociétés pose problème car tous les droits ne déterminent pas quelles sociétés sont considérées ou non comme nationales. En outre, le rattachement à une nationalité correspond à un questionnement unilatéral qui n'entre pas vraiment dans le cadre d'une réglementation d'origine internationale, reflet de la réflexion d'une pluralité d'États. Par conséquent, il s'avère préférable d'éluder la référence à la nationalité – qui est inextricable – et d'aborder directement la détermination de la loi qui gouverne la société.

240. En DIPr des sociétés, les rattachements principaux se réfèrent à l'État dans lequel la société a été constituée et à l'État dans lequel la société possède son siège effectif. Entre les deux, la présente loi type a opté pour la première car elle répond le mieux aux besoins des relations internationales. Le rattachement au « siège social » exige, en premier lieu, de déterminer le lieu où se situe ce siège, vu qu'il existe diverses possibilités de mise en œuvre (le lieu de l'administration centrale de la société, le lieu où elle exerce la majeure partie de ses activités, ou encore le lieu de son principal établissement). En second lieu, sur le plan factuel, le siège effectif peut être déplacé avec davantage de facilité que le siège statutaire, ce qui ne favorise pas la sécurité des transactions. Un changement de siège effectif peut conduire à ce qu'une société qui était parfaitement capable avant le transfert, ne le soit plus après. Cela peut entraîner des conséquences en matière de régime des contrats et des autres relations juridiques impliquant la société. C'est la raison pour laquelle il résulte plus adapté d'opter pour le rattachement au siège statutaire qui, comme nous l'avons vu, correspond à l'État dans lequel la société a été constituée.

Le droit de l'État, dans lequel la société a été constituée, doit être interprété comme étant l'ordre juridique qui attribue la personnalité juridique à la société et ce, indépendamment du lieu où sont réalisés les actes nécessaires préalables à la création de la société. De cette manière, il ne sera pas impossible que l'acte de fondation de la

société ou que la rédaction des statuts soient établis dans un État alors que l'enregistrement de la société sera effectué dans un autre. Dans ce cas, le plus important est l'attribution de la personnalité juridique par l'État dans lequel va s'effectuer le processus de création et c'est au regard de ce droit que sera appréciée la validité des actes effectués dans les autres États.

Se pose, toutefois, le problème du cas où la constitution de la société n'aura pas abouti, ce qui empêchera d'appliquer spécifiquement le droit de l'État de constitution. Cette situation se produira en cas de mise en cause de la responsabilité de la société et de ses fondateurs pour des actes préalables à sa constitution sans que la société ne soit parvenue à obtenir la personnalité juridique. Dans ce cas, il conviendra d'appliquer le droit qui régira la société, si celle-ci est finalement constituée. Le commencement de constitution de la société doit déjà comprendre des éléments permettant de déterminer dans quel État celle-ci prévoyait de s'enregistrer et ce sera, dès lors, ce droit qui s'appliquera.

La même solution s'applique aux sociétés de personne : la *lex societatis* est celle qui correspond au droit de l'État dans lequel la société a été constituée. Cependant, il se peut que, pour les sociétés de personnes, il ne soit pas évident de déterminer l'ordonnancement juridique ayant servi à la constitution de la société. En l'absence d'indices sur ce point, dans l'acte de constitution de la société ou dans ceux qui s'avèrent importants pour sa création, il faudra opter pour le droit qui, en accord avec la volonté présumée des fondateurs, paraîtra avoir été celui pris en compte pour la création de la société. Dans le cas où aucune droit ne pourrait être identifié, ce qui s'avère très exceptionnel, il faudra décider d'appliquer le droit qui semblera avoir le lien le plus significatif avec la société, en supposant que c'était bien ce droit-là que les fondateurs avaient choisi pour la constitution.

241. L'énumération des situations régies par la *lex societatis* portent sur la création de la société, sur sa capacité et sa nature juridique. Le droit, qui régit la société, détermine le moment où celle-ci acquiert la personnalité juridique et sa forme sociale (société de personnes ou société de capitaux). La capacité de la société est également régie par la *lex societatis*. Cela n'implique, toutefois, pas que l'exception d'intérêt national³²⁹ ne puisse pas être appliquée aux sociétés. À ce titre, les personnes déclarées incapables au regard de leur statut personnel peuvent être considérées comme capables dans des situations déterminées au regard du droit applicable dans l'État dans lequel s'établit la relation juridique. Le régime du nom de la société et la détermination de son siège social sont aussi régis par la *lex societatis*. La *lex societatis* régit également les organes de représentation de la société et, de ce fait, les personnes susceptibles de l'engager par leurs agissements (paragraphe ix) de l'article 27.2°. La représentation volontaire de la société, par contre, est déterminée par le droit qui régit spécifiquement la représentation.

242. La constitution, la dissolution et la liquidation de la société sont également

³²⁹*Vid. infra*, le commentaire de l'art. 50 de la présente loi (*Incapacité*).

régies par la *lex societatis*. Ce droit déterminera les conditions à remplir pour procéder à la constitution de la société. Tel que déjà vu, le droit qui régit la société après sa constitution sera également celui qui détermine le régime de la société en constitution. La dissolution et la liquidation de la société sont aussi des matières qui, indiscutablement, appartiennent à la *lex societatis*. Cependant, l'application de la *lex societatis* doit s'articuler avec l'application du droit qui régit les procédures d'insolvabilité susceptibles d'impliquer la société. La *lex societatis* ne peut pas empêcher l'application du droit sur les procédures d'insolvabilité pour la liquidation du patrimoine de la société, aussi la liquidation de son patrimoine ne peut conduire à la dissolution de la société que si le droit, régissant la société, le prévoit.

243. L'organisation interne de la société sera également régie par la *lex societatis*. Elle déterminera les organes sociaux, les associés et les administrateurs, et organisera les relations internes entre les associés. La référence aux relations internes entre associés doit s'interpréter comme les relations entre les associés régies spécifiquement par le droit des sociétés. Les pactes parasociaux ne pourront pas être régis par la *lex societatis*, du fait de leur caractère contractuel, mais le seront uniquement par les règles impératives du droit qui gouverne la société, pour ce qui se rapporte au domaine matériel de ces accords. Ainsi, la *lex societatis* détermine le cadre des pactes parasociaux, et non leur régime spécifique, à moins que le droit applicable aux accords contractuels ne renvoie au droit qui gouverne la société.

La *lex societatis* détermine également les obligations des associés et des dirigeants de la société. Cela s'avère particulièrement nécessaire dans le domaine de la responsabilité des dirigeants, étant donné qu'en déterminant qu'une obligation est qualifiée d'obligation sociale, le droit qui régit le statut délictuel ne sera pas applicable. Cette qualification se limite, toutefois, aux seules obligations de nature sociale des dirigeants. En effet, la responsabilité envers la société encourue par les dirigeants pour leurs agissements en dehors des obligations sociales ne sera pas régie par la *lex societatis* mais, certainement, par celle émanant de la règle de conflit en matière d'obligations extracontractuelles³³⁰. Par contre, la responsabilité émanant des obligations sociales sera régie par la *lex societatis*, comme indiqué expressément dans le paragraphe viii) de l'article 27.2°.

244. Enfin, la *lex societatis* régit également les modalités d'acquisition, de perte et de transmission de la qualité d'associé, ainsi que les droits et obligations qui découlent des actions et des parts sociales. L'application du droit régissant la société aux droits et obligations découlant des actions et parts sociales (deuxième point), découle du droit régissant l'organisation et le fonctionnement interne de la société, qui présente des liens étroits avec les droits et obligations des associés, au moins pour ce qui concerne le régime des actions.

La *lex societatis* régit également l'acquisition, la perte et la transmission de la qualité d'associé. Par conséquent, il a été procédé à une distinction rigoureuse entre l'acquisition, la perte et la transmission et les relations et actes juridiques impliquant de

³³⁰Vid. *infra*, art. 52.

tels changements entre la société et une personne déterminée. La *lex societatis* détermine les conditions nécessaires pour acquérir, perdre ou transmettre la qualité d'associé. Toutefois, les relations ou les actes juridiques précis en vue de cette modification seront régis par leur propre règle de droit. Ainsi, la *lex societatis* détermine s'il est possible de transmettre par voie contractuelle la qualité d'associé, mais ce sera la *lex contractus* qui s'appliquera au contrat. Dans le cas où la *lex societatis* prévoirait une condition spécifique pour que la transmission soit opposable à la société, cette condition devra être respectée indépendamment des dispositions de la *lex contractus*.

Article 28. Transfert du siège social. Le transfert du siège statutaire d'une société ou d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée d'un État vers un autre affecte la personnalité dans les limites prévues par les droits desdits États. En cas de transfert du siège statutaire sur le territoire d'un autre État, la société est régie par le droit de cet État dès le moment du transfert.

245. L'article 28 traite du transfert du siège statutaire de la société³³¹. Le transfert du siège effectif n'est pas visé, étant donné qu'il n'est pas un critère de rattachement pour déterminer la *lex societatis* et que son transfert n'intervient pas dans la résolution de conflit de lois. Ce transfert emporte des effets sur le plan fiscal ou administratif mais cela ne concerne pas le droit privé³³².

Le transfert du siège statutaire, par contre, emporte bien des effets quant au droit régissant la société. Généralement, les droits des différents États imposent que le siège social soit fixé dans l'État de constitution³³³. Dans ce cas, le transfert du siège social ne pourra pas s'effectuer sans modifier la société. Suite au transfert, la société cessera d'être régie par le droit de l'État d'origine pour être régie par le droit de l'État dans lequel sera transféré son siège social. Ce changement opéré sur la société doit

³³¹CONC. : Art. 161 à 163 de la loi suisse de DIPr ; art. 112 du code belge de DIPr.

³³²Vid. les art. 226 à 231 du code de commerce de Costa Rica, qui prévoit le transfert du siège de sociétés étrangères à Costa Rica, où le siège est compris comme étant le lieu où se tiennent les réunions du Conseil d'administration de la société ou le lieu où se trouve son administration centrale (art. 231).

³³³Vid., v.gr., l'art. 111 du code de commerce colombien qui exige que l'acte constitutif de la société soit déposé au registre de commerce de la chambre de commerce compétente du lieu où la société a établi son domicile principal, ce qui ne sera possible que si ce domicile se situe à l'intérieur de la République de Colombie. Cette idée est confirmée par l'art. 469 de son code de commerce qui établit que « les sociétés constituées conformément à la loi d'un autre pays et dont le domicile principal se situe à l'étranger sont des sociétés étrangères. » L'art. 18.10 du code de commerce de Costa Rica est encore plus clair en ce qu'il prévoit que l'acte constitutif de toute société commerciale doit indiquer son domicile qui « doit être une adresse actuelle et certaine à l'intérieur du territoire costaricain, à laquelle des notifications pourront effectivement être envoyées ». On peut également citer de nouveau l'art. 168 de la *Companies Act* de Barbade qui exige qu'à tout moment, une « *registered office* » de la société doive exister en Barbade.

être scrupuleusement encadré sur le plan matériel afin de coordonner les droits d'origine et de destination de la société. C'est la raison pour laquelle l'article 28 établit que les effets du transfert sur la personnalité juridique des sociétés seront régis par le droit des États d'origine et de destination. Par conséquent, le transfert ne sera possible que si le droit de l'État d'origine et de l'État de destination l'autorise. Si l'un des deux n'autorise pas l'émigration ou l'immigration de la société par la voie du transfert du siège statutaire, ce changement ne sera pas possible.

Sur ce point, les règles régissant les modalités du transfert ne sont pas mentionnées dans cet article car elles ne présentent pas de caractère conflictuel mais un caractère matériel³³⁴. Ces règles devront prévoir tant les démarches à réaliser dans l'État d'origine pour décider du changement du siège statutaire et de la modification de la société, que les démarches à réaliser dans l'État de destination ainsi que les mécanismes de coopération entre ces deux États.

246. L'article 28, par contre, vise spécifiquement la manière dont le transfert affecte la *lex societatis*, en disposant que dès que le changement est effectué, la société sera régie par le droit de l'État de son nouveau siège social. Cela constitue une dérogation aux dispositions de l'**article 27** qui établit que le droit applicable est celui de l'État de constitution. Par conséquent, il s'avèrera nécessaire d'articuler le droit visé par l'**article 27** avec celui visé par l'article 28.

Par principe et en premier lieu, la constitution de la société devra être et sera régie par la loi désignée à l'**article 27**, tout comme son fonctionnement avant son transfert. Le droit de l'État à partir duquel le siège social est transféré n'a pas vocation à s'appliquer *a posteriori* aux sociétés qui auront transféré leur siège social à l'étranger. Ce n'est qu'à compter de la date du transfert, que les relations entre les organes sociaux et leur fonctionnement, et que les droits et les obligations des associés et des dirigeants ainsi que la perte, l'acquisition et la transmission de la qualité d'associé seront régis par le droit du nouveau siège statutaire de la société. Dès lors que ce droit régira la société suite au transfert, il faudra adapter les statuts et les règles de fonctionnement de la société.

L'articulation entre les droits de l'État d'origine et de celui de destination de la société pose des problèmes spécifiques quant au processus même du transfert de siège. En principe, ce sera le droit de l'État d'origine qui régira les modalités de décision du transfert mais ce sera le droit de l'État de destination qui s'appliquera à la modification des statuts sociaux nécessaire au transfert et à l'ajustement de la société à ce droit. Évidemment, les dispositions de l'article 28 prévoient que le nouveau droit ne s'appliquera qu'à compter du transfert mais cette application devra se faire préalablement par la modification des statuts. Cette application préalable est conditionnée au transfert effectif, ce qui n'affecte pas l'application de l'article. Cela signifie que l'application effective ne se produit qu'à compter du moment où le transfert est réalisé et que, jusqu'à ce moment, le fonctionnement de la société, les relations entre les organes ainsi que les droits et les obligations des associés et des dirigeants

³³⁴*Vid.*, v. gr., les art. 201 à 209 de la *Cayman Islands Companies Law* qui régule la manière dont une société enregistrée à l'étranger peut transférer son siège social aux Îles Caïmans.

seront régis par le droit de l'État d'origine et ce même pour ce qui concerne la décision de transfert du domicile à l'étranger. L'article est clair sur ce point afin d'éviter toute interrogation susceptible de se poser lors de cette phase de transition entre l'État d'origine de la société et l'État vers lequel le siège est transféré.

247. L'article 28 prévoit l'application du droit du nouvel État une fois le transfert effectivement réalisé, c'est-à-dire qu'il ne prévoit pas qu'après le transfert du siège statutaire, il soit possible de maintenir l'application de la précédente *lex societatis*. Dans la pratique actuelle, il est habituel que le transfert du siège statutaire, dont l'objectif est de modifier la société conformément au droit de l'État de destination, soit régi par le droit de l'État de destination. Il est arrivé que, sur décision des décisionnaires du transfert, l'application du droit d'origine de la société ait été maintenue (*vid.* en Europe la décision rendue par le tribunal de Luxembourg, le 16 décembre 2008, As. C-210/06, *Cartesio*). L'article 28 n'admet pas cette possibilité. Il s'agirait de permettre que la société décide entre l'application du droit d'origine et celui de destination ou alors de s'en remettre au droit d'origine interne des États impliqués. Les deux solutions sont inadéquates car elles introduiraient un élément extérieur à la réglementation comme la volonté de la société ou elles ouvriraient la possibilité de solutions divergentes entre l'État d'origine et celui de destination. Aussi est-il préférable d'établir clairement que ce sera le droit de l'État vers lequel le siège sera transféré qui régira la société dès le moment du transfert.

Il ne s'agit pas, évidemment, de réduire de façon injustifiée la portée de l'autonomie de la société qui conserve son degré élevé à partir du moment où elle permet qu'au cours de sa vie, la société puisse voir son régime modifié sans qu'il soit nécessaire de la dissoudre et de la reconstituer. Cette possibilité de modification du régime juridique de la société au cours de sa vie doit être accompagnée de précautions en vue de protéger les intérêts des États concernés et la sécurité juridique. Sur le premier point, les intérêts des États, nous l'avons vu, font que le transfert de siège ne sera possible que si les droits de l'État d'origine et celui de destination l'autorisent. Quant au second point, la détermination claire du moment où la société sera régie par le droit de l'État d'immigration est le moment auquel cesse de s'appliquer le droit de l'État d'émigration, ce qui répond aux besoins de fixer un régime clair sur ce point.

Section II

Relations de famille

Article 29. Formation du mariage. 1. La capacité de contracter mariage est régie par le droit du domicile de chacun des futurs époux.

2. Les conditions de fond et de forme du mariage sont régies par la loi caribéenne.

3. Est réputé valable le mariage célébré à l'étranger conformément à la loi du lieu de célébration ou reconnu valable par la loi du domicile ou de la nationalité de l'un ou de l'autre époux.

248. L'article 29 de la loi type résume, en trois règles simples et faciles d'application, l'inextricable question de la validité du mariage en distinguant le régime juridique du mariage célébré dans la Caraïbe et celui célébré à l'étranger³³⁵. Dans le premier cas, outre le problème de compétence des autorités de la Caraïbe pour autoriser un mariage, se pose le problème de la loi applicable aux divers éléments qui entourent la célébration et la validité du mariage. Il s'agit principalement de la capacité pour contracter, de la forme de la manifestation du consentement au mariage et de ce que l'on pourrait dénommer la loi applicable au fond du mariage. Dans le second cas, la règle se pose non pas comme une règle relative à la loi applicable mais comme une règle qui établit les conditions de sa reconnaissance. Ce schéma répond à une vision moderne du mariage en droit international privé qui distingue le mariage national et le mariage étranger, selon le type d'autorité qui le célèbre (nationale ou étrangère) et, par conséquent, il établit aussi un régime juridique distinct pour chacun d'eux. Comme cela a déjà été indiqué, le premier pose des problèmes de loi applicable alors que le deuxième pose des problèmes de reconnaissance³³⁶. La reconnaissance de la validité d'un mariage revêt une importance qui va au-delà de simples considérations de droit privé car si le mariage est une institution qui génère des effets pour nombre de questions (le nom, le secours, les droits de successions), elle constitue une institution importante dans la configuration de la population même de la Caraïbe. Le lien entre le mariage et l'obtention de la nationalité de la Caraïbe est fondamental dans certains systèmes³³⁷.

249. Par conséquent, en application des dispositions de l'article 23 de la présente loi, la capacité pour contracter mariage relève de la loi du domicile de chacun des futurs époux. Il s'agit donc d'une solution qui s'articule de façon distributive puisque la loi du domicile de chacun des futurs époux détermine la capacité spécifique de chacun d'eux. Évidemment, la solution relative à la validité du mariage pour des raisons de capacité des futurs époux impose que, dans chaque pays, la capacité soit

³³⁵CONC. : Art. 44 de la loi suisse de DIPr ; art. 46 et 47 du code belge de DIPr ; art. 3088 (Cc du Québec) ; art. 27 et 28 de la loi italienne de DIPr ; art. 48 et 49 de la loi polonaise de DIPr ; art. 21 de la loi vénézuélienne de DIPr (« La capacité à contracter mariage et les conditions de fond du mariage sont régies, pour chacun des contractants, par le droit de son domicile respectif ») ; art. 38 et 39 du code panaméen de DIPr ; art. 16 et 17 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 27 du projet dominicain ; art. 38 à 40 du projet bolivien ; art. 22 du projet uruguayen ; art. 21 du projet colombien.

³³⁶C'est la thèse fondamentale de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, qui est valide de manière générale, au-delà de sa projection concrète dans un système concret.

³³⁷*Vid.* dans ce sens le système des territoires liés à l'héritage britannique en ce qui concerne les Bermudes ou Antigua.

reconnue respectivement à chacun d'eux. Il suffit que la loi du domicile ne reconnaisse pas la capacité à l'un quelconque des futurs époux pour que le mariage célébré soit entaché d'un degré d'inefficacité³³⁸.

La loi du domicile régit, d'une part, les règles strictes de la capacité concernant, par exemple, l'âge minimum pour contracter mariage³³⁹ ou les cas où la capacité effective pour prêter un consentement véritable et éclairé fait défaut, même si l'âge minimum est atteint (en cas de déficiences ou d'anomalies psychiatriques qui, nonobstant, feront l'objet d'une appréciation davantage factuelle que juridique). D'autre part, la loi du domicile régit les empêchements à mariage fondés sur des circonstances personnelles ou familiales comme l'impossibilité de contracter mariage entre personnes de la même famille jusqu'à un certain degré de parenté. Là encore, cette application distributive peut conduire à faire échec au mariage dans les cas où l'empêchement sera de type bilatéral (il s'articule en fonction de la relation avec l'autre futur époux) et dans le cas où l'une des deux lois le prévoit. Par conséquent, *v.gr.*, si la loi de l'un des conjoints considère qu'il existe un empêchement lorsque le lien de parenté collatéral est du troisième degré (tante et neveux), il faudra en conclure que l'autorisation du mariage ne pourra être donnée même si la loi du domicile de l'autre conjoint ne le considère pas comme un obstacle.

Il revient également à cette loi de déterminer les circonstances et les conditions dans lesquelles il peut être dérogé aux empêchements ainsi que les modalités et l'autorité compétente pour considérer que la capacité existe alors qu'elle ferait défaut. Cette situation n'est pas sans poser problème dès lors que la loi du domicile désigne une autorité spécifique compétente pour statuer sur les demandes de dérogation. Selon les cas concrets, la dérogation pourra être accordée par une autorité équivalente à l'autorité caribéenne (le for) et dans d'autres cas, ce seront les futurs époux qui devront l'obtenir auprès des autorités étrangères compétentes. Il faut retenir que les nombreux cas théoriques d'empêchements à mariage font partie intégrante du propre concept ou de la notion même de mariage tel qu'il est conçu dans la Caraïbe (le for). Cela pourra être le cas du sexe ou, dans une moindre mesure, du traditionnel empêchement pour les liens de parenté.

Effectivement, il s'avère indiscutable que le sexe des futurs époux est une question qui doit être régie par la loi du domicile de chaque personne à l'instar des empêchements bilatéraux dont il a été question plus haut. L'ouverture progressive des différents ordres juridiques, tendant à accepter le mariage de personnes de même sexe, a conduit à ce que seuls les pays qui le reconnaissent sur leur territoire (ou leurs consulats, le cas échéant) acceptent de le célébrer sur leur territoire. Dans la pratique, le mariage entre deux hommes ou deux femmes ne pourra pas être demandé auprès d'une autorité caribéenne, si la loi caribéenne ne prévoit pas ce type de mariage. Deux personnes domiciliées en Argentine, en Uruguay ou en Espagne pourront, si elles le veulent, ramener cette condition à une question de capacité. Dans certains

³³⁸*Vid. infra*, l'art. 32 et son commentaire.

³³⁹Veillez prendre en compte la règle spéciale de l'art. 2 de la Convention de New York, du 20 décembre 1962, sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, en vigueur dans plusieurs pays de la Caraïbe.

cas, il est probable que l'ordre public de la Caraïbe entre en jeu³⁴⁰, même s'il n'est pas nécessaire d'y recourir. La question du sexe des futurs époux fait partie intégrante du concept du mariage et de son contenu dans le droit du for. Sous cette perspective, elle entre dans le cadre du paragraphe deux de l'article 29 et déroge également aux dispositions de l'**article 23** relatif à la loi applicable à l'état civil, puisque même si la question de la capacité est exclue de sa qualification, elle demeure néanmoins une question d'état civil. Dans tous les cas, il faut tenir compte du fait que la célébration de ce type de mariage pourrait devenir une pratique dans la Caraïbe si, progressivement, chaque État de la Caraïbe le reconnaît, ce qui existe déjà aujourd'hui au regard des principes de « concordance » et de « reconnaissance » dans les ordres ayant un patrimoine juridique néerlandais³⁴¹ ou du principe d'« identité ou d'assimilation législative » dans les pays ayant un patrimoine juridique français³⁴².

250. Le paragraphe deux, dont il est question, régit les conditions de fond et de forme d'un mariage célébré dans la Caraïbe et, à nouveau, une réponse simple et totalement cohérente avec la nature des choses est apportée. Les autorités de la Caraïbe ne pourront pas célébrer un mariage qui ne serait pas caribéen, par conséquent les questions de forme comme celles de fond sont soumises à la loi de la Caraïbe (loi du for).

Le premier aspect relatif aux modes d'expression du consentement au mariage, ne fait aucun doute du point de vue du mariage qui va être contracté : la règle consolidée *auctor regit actum* prévoit que chaque autorité dispose de son propre droit au regard des formalités exigées ou à accomplir et qui sont nécessaires à la cérémonie. Il n'est pas concevable que l'un des futurs époux célèbre son mariage dans un office notarial spécial du ministère de la justice cubain, ou par-devant un juge ou un notaire de la chambre des notaires en Colombie en appliquant les conditions de forme provenant d'un ordre juridique étranger autre que le cubain pour le premier cas ou que le colombien pour le second. Les formalités et les modalités devront être celles de la Caraïbe.

La règle de soumission à la loi locale est moins absolue pour ce qui concerne les règles de fond du mariage. Même si d'autres solutions auraient pu être envisagées, la solution retenue dans le paragraphe deux de l'article 29 est la plus adéquate. D'un côté, le « type de mariage » qu'une autorité célèbre relève de son autorité. En tenant compte de l'évolution, depuis ces dernières années en droit comparé, du concept de la famille et du concept du mariage – qui est l'une des formes possibles d'organisation de la famille – il n'est plus possible de dire, comme auparavant, que le mariage est une institution universelle qui signifie substantiellement la même chose partout

³⁴⁰*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 68** de la présente loi.

³⁴¹*Vid.* les systèmes liés à l'héritage néerlandais, où il ressort une certaine opposition locale en la matière, plus particulièrement en ce qui concerne le mariage entre deux personnes de même sexe (les Pays-Bas ont été les pionniers en la matière en Europe).

³⁴²*Vid.* les systèmes liés à l'héritage français. La France a reconnu le mariage entre deux personnes du même sexe à partir de la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

dans le monde³⁴³. Le mariage célébré dans la Caraïbe est le mariage caribéen et, de ce fait, les conditions de fond sont celles établies par la législation caribéenne. La présente règle s'écarte ainsi d'autres règles qui considèrent que les conditions de fond du mariage peuvent potentiellement être soumises à des lois différentes que celles du for, mais coïncide avec d'autres qui adoptent la même solution³⁴⁴.

Parmi ces conditions de fond, il convient particulièrement de signaler celle relative au sexe des futurs époux, dont il a été traité, et au contenu du consentement. Ce deuxième point est de grande importance car il a été considéré, relativement souvent et traditionnellement, comme étant rattaché indissociablement à la loi personnelle de chacun des futurs époux³⁴⁵. Sur le plan strictement logique, le consentement au mariage en tant que condition inhérente au mariage ne peut qu'être unique. Cela signifie que les futurs époux donnent, ni plus ni moins, leur accord pour former une union soumise à des règles qui vont régir le lien conjugal. Et ces règles ne peuvent qu'être uniques et non plurielles. Ce serait illogique de concevoir que le consentement au mariage puisse être prêté de façon asymétrique et selon laquelle l'un des futurs époux pourrait consentir quelque chose de différent que l'autre parce que le consentement obéirait à leur loi personnelle respective. Cela ne serait pas possible. Cela conduirait à une espèce de résidu traditionnel de la force d'expansion de la loi personnelle et serait non fondé. Ainsi, le consentement au mariage est univoque et respectera la loi de la Caraïbe sur le mariage.

251. La règle s'étend aux éventuels vices de consentement et au problème le plus commun du mariage simulé. Dans les mariages simulés, la volonté des futurs époux ne correspond pas au consentement prêté pour le mariage. Les raisons sont multiples, mais celle qui est la plus fréquente consiste en une fraude afin d'acquérir la nationalité ou en vue d'enfreindre les règles sur le statut d'étranger d'une personne. Le contrôle de ce type de situations est éminemment factuel et, dans de nombreux cas, il échappe à une règle concrète. Il est constaté que les futurs époux (ou les époux, si la vérification s'effectue *a posteriori*) ne se connaissaient pas avant le mariage, n'avaient aucun type de relation, n'ont pas vécu ensemble ni avant ni après la célébration du mariage, etc. et il est déduit de tout cela qu'il y a eu simulation. Toutefois, la question doit être traitée en procédant à une vérification scrupuleuse de la simulation, en tenant compte surtout du fait qu'il ne s'agit pas de remettre en cause une simple relation juridique mais l'exercice du *ius connubi*. De ce point de vue, l'existence de règles rigides ou de simples présomptions, présentant plus ou moins de prévisibilité, impose l'identification de la loi applicable à un niveau plus élevé que la

³⁴³Vid. la citation classique de L. Raape, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 50 (1934-IV), pp. 399-544, p. 511, où l'expression "mariage vaut mariage" présupposait un concept unique et universel du mariage qui n'existe sans doute pas aujourd'hui.

³⁴⁴À Cuba seul le droit cubain s'applique (*vid.* l'art. 13.1° et la disposition première spéciale du Cc).

³⁴⁵Concernant la question du consentement, *vid.* le code Bustamante, art. 36 sur la loi personnelle ; *id.* Guatemala.

simple appréciation des faits. L'article 29 prévoit que la loi du for régira les mariages célébrés ou à célébrer par une autorité de la Caraïbe.

252. Cet article s'achève par des dispositions qui régissent la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger. Malgré les apparences, il s'agit d'une véritable règle de reconnaissance (et non de la loi applicable) et cela laisse un large éventail de possibilités allant de la reconnaissance de la validité du mariage jusqu'à son inefficacité. Alors que, pour le mariage célébré par les autorités de la Caraïbe, la règle est l'application de la loi du for, sauf pour ce qui concerne la capacité dans le cas de la validité d'un mariage célébré par les autorités étrangères, la règle s'articule autour de trois axes alternatifs pour déterminer la validité du mariage. Le mariage est valable s'il est conforme à la loi du lieu de sa célébration. Il n'est fait référence qu'à une seule loi même si les règles de droit international privé peuvent être prises en compte. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'*appliquer* la loi du lieu de célébration du mariage par les autorités de la Caraïbe, la règle d'exclusion du renvoi, qui est prévue dans la présente loi, n'est pas pertinente ici³⁴⁶. De ce fait, un mariage célébré à l'étranger et qui sera reconnu valable par application de la loi locale et de la loi personnelle sur la capacité, conformément aux dispositions de droit international privé propres à la loi locale, sera réputée valable pour la Caraïbe.

Il en sera de même des deux alternatives qui s'articulent autour de la loi locale et étrangère. Deux alternatives qui, selon les cas, peuvent se convertir en quatre : la loi nationale de chacun des conjoints et la loi du domicile de chacun d'eux. Dans ce cas, il faut à nouveau traiter d'une condition de reconnaissance qui, au lieu de s'établir de manière unilatérale par le droit de la Caraïbe, renvoie à tout ordonnancement compétent si le mariage est valable au regard de ces lois. Ainsi, quelle que soit la loi ou les lois effectivement appliquées lors de sa célébration, le mariage sera reconnu valable dans la Caraïbe. Cela répond généreusement aux problèmes susceptibles de se poser pour des mariages incertains (valables dans un lieu et non valables dans un autre) en les plaçant sous le prisme de la stabilité de l'état civil et du droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi qu'au *ius connubi*. Mais aussi généreuse que puisse être cette reconnaissance, il ne peut pas être reconnu une quelconque efficacité à des situations contraires à l'ordre public de la Caraïbe, qui (faute de règle spécifique sur ce point) joue un rôle important dans l'interdiction des mariages de complaisance.

Article 30. *Rapports personnels entre époux.* Les rapports personnels entre époux sont régis par la loi du domicile conjugal immédiatement établi après la célébration du mariage ; à défaut d'un tel domicile, par la loi de la nationalité commune au moment de la célébration et, à défaut de nationalité commune, par la loi du lieu de célébration du mariage.

³⁴⁶*Vid. infra*, l'art. 67 de la présente loi.

253. Un mariage valide conduit à un faisceau varié et hétérogène de relations. Certaines sont essentiellement patrimoniales, mais d'autres ne peuvent pas être qualifiées ainsi. Ces dernières sont de différentes natures : effets sur les noms des conjoints ou de l'un d'entre eux, effets sur le régime de la filiation des enfants nés avant le mariage (*v.gr.*, légitimation subséquente au mariage) ou à naître (présomption de paternité du mari de la mère), obligations (au moins formelles) de vie commune, de respect mutuel, de fidélité, d'aide, etc. Certains de ces effets disposent de leur propre régime juridique en matière de règle applicable : ainsi, *v.gr.*, le régime du nom des personnes physiques sera régi, comme cela a déjà été vu, par la loi désignée en application de l'**article 25** de la présente loi, alors que la filiation sera régie par les dispositions de l'**article 35**. Il en va de même des relations patrimoniales auxquelles l'**article 31** de la présente loi se réfère. Tant la règle de conflit qui régit la loi applicable aux rapports personnels entre époux que celle qui régit les rapports patrimoniaux sont des dispositions génériques (la première l'étant davantage que la seconde) qui cèdent le pas aux dispositions plus spécifiques auxquelles nous nous référons³⁴⁷.

Du point de vue du choix des critères de rattachement concret, les ordres juridiques contemporains conçoivent le mariage comme étant l'expression directe de la volonté des conjoints en tant que personnes autonomes et auto-responsables. Si cette volonté est déterminante dans leur propre vie commune, la catégorie des rapports personnels entre époux, relevant des droits et obligations imposées par la loi, est discutable³⁴⁸. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'une loi de droit international privé doit prendre en compte toute une constellation de situations et de conceptions différentes, issues de n'importe quel ordre juridique étranger, susceptibles de se présenter dans le for.

254. Dans ce sens, le champ d'application plus ou moins large de l'article 30 revêt une importance singulière. En effet, il constitue une sorte de *statut général* ou *loi applicable au fond du mariage* susceptible d'avoir une portée sur des questions comme la dissolution du mariage par déclaration de décès de l'un des époux ou, même, dans les cas où il faut interpréter une cause de séparation ou de divorce, là où la loi s'en tient strictement à la cause. En effet, la déclaration de décès de l'un des époux est régie par la loi personnelle – celle du domicile, conformément à l'**article 26** de la présente loi – tout comme les conditions pour lesquelles une telle déclaration pourrait être produite³⁴⁹, mais les effets sur les autres relations juridiques sont plus discutables et peuvent tout simplement se trouver sous le coup de cette loi. L'une de ces questions porte sur la dissolution du lien du mariage que possède le conjoint décédé. Ce serait peu respecter l'égalité entre époux, qui doit gouverner le mariage depuis sa célébration jusqu'à sa dissolution ou son extinction, que de considérer que la loi personnelle du déclaré défunt puisse décider unilatéralement si la déclaration de décès peut emporter la dissolution du lien du mariage et sous quelles conditions.

³⁴⁷CONC. : Art. 48 de la loi suisse de DIPr; art. 3089 (Cc du Québec); art. 48 du code belge de DIPr; art. 29 de la loi italienne de DIPr; art. 18 de la loi autrichienne de DIPr; art. 51-53 de la loi polonaise de DIPr; art. 28 du projet dominicain; art. 43 du projet bolivien; art. 24 du projet uruguayen.

³⁴⁸M. Amores Conradi, "Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación", *ADC*, vol. 40, n° 1, 1987, pp. 89–138.

³⁴⁹*Vid. supra*, le commentaire de l'**art. 26** de la présente loi.

Quelle en serait la légitimité si la réglementation appliquée est, par exemple, différente de la loi personnelle de l'autre conjoint ? Évidemment, il serait plus juste que la loi du conjoint survivant réponde à cette question. L'option la plus adaptée serait de désigner la loi qui régit les relations personnelles entre les époux car il s'agit d'une loi neutre et étroitement liée au mariage.

Le second exemple présente à peu près les mêmes caractéristiques. Dès lors que, en vertu de l'**article 33**, la loi applicable au divorce prévoit matériellement que le manquement à certaines obligations conjugales spécifiques pourra être la cause du divorce, il sera demandé à l'interprète d'interpréter de telles causes ce qui ouvrira deux possibilités : le faire, sans plus, conformément à la loi applicable au divorce ou introduire un mode d'interprétation des dispositions d'une autre loi : la loi qui régit les relations entre les époux. L'article 154.2° du code civil de Colombie nous offre un exemple paradigmatique en établissant comme cause du divorce « L'inexécution grave et injustifiée de la part de l'un des époux des devoirs qui lui incombent au regard de la loi en sa qualité de conjoint ou de parents ». Si la loi colombienne régit le divorce mais que les relations personnelles entre époux sont régies par une loi différente, quelle loi déterminera le contenu de ces *devoirs* imposés par la loi ? Il n'est pas insensé de penser que ces devoirs relèveront justement de la loi qui régit les relations personnelles entre les époux ; celle que les époux connaissent et qui s'adapte à leur comportement, même si l'autre est celle qui régit le divorce.

255. L'article 30 se place dans ce contexte et identifie la loi considérée comme la plus proche du mariage. Il emploie l'un des trois rattachements subsidiaires ou en cascade qui reflètent divers critères de proximité. Sans aucun doute, la loi du domicile conjugal immédiatement établi après la célébration du mariage présente le lien le plus étroit et correspond, non en vain, à la loi personnelle des époux. À défaut d'une telle loi, c'est-à-dire, si les époux ont un domicile différent après leur union, la loi nationale commune au moment de la célébration du mariage sera celle qui gouvernera. Il s'agit de nouveau d'une loi proche, en tenant compte de l'absence de domicile commun et en tenant compte que les termes de la loi personnelle, la nationalité est l'alternative naturelle au domicile³⁵⁰. Dans le cas où les spécificités du mariage détermineront qu'il n'existe ni domicile commun immédiatement postérieur à la célébration de l'union, ni de nationalité commune au moment de l'union, les relations entre époux seront régies par la loi du lieu de célébration. Ce n'est pas la loi la plus étroitement liée au mariage. Le lieu de célébration est la dernière voie de rattachement par sécurité juridique car il peut être dans de nombreux cas parfaitement fortuit ou aléatoire, d'autant plus vu le fort degré d'internationalité présent en matière de mariage (nationalité différente des époux et domicile différent).

Il faut retenir, en dernier lieu, qu'afin d'éviter les problèmes nés d'un éventuel conflit mobile, c'est-à-dire, le changement occasionnel de situation (domicile, nationalité) qui détermine la loi applicable, l'article 30 place temporairement ces lois au moment qui suit immédiatement la célébration du mariage (domicile commun) ou au

³⁵⁰La loi personnelle continue de l'être dans plusieurs systèmes de l'espace OHADAC : c'est le cas dans les collectivités territoriales et départements français de la Caraïbe, en conséquence de l'héritage français. *Vid.* également la solution adoptée à Cuba et en République Dominicaine.

moment de la célébration (nationalité commune). De cette façon, la loi qui régit les relations personnelles entre les époux sera connue et sera la même que celle de la célébration du mariage, sans que le changement de situations dont il a été question, ne puisse venir la modifier. Bien que cette situation puisse introduire un certain degré de rigidité dans la solution, le lien étroit qui se produit entre cette disposition et la suivante, relative aux rapports patrimoniaux dans le mariage, recommande une solution rigide et prévisible. Cette rigidité est également tempérée par l'évolution des différents systèmes internes qui préfèrent laisser davantage de liberté aux époux de régir eux-mêmes leurs relations en fonction de leurs intérêts communs et de moins leur imposer des règles impératives.

Article 31. *Rapports patrimoniaux dans le mariage.* 1. Les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par la loi qui a été désignée par les époux préalablement à la célébration du mariage parmi les lois suivantes :

- i) la loi nationale de l'un des époux au moment de cette désignation ;**
- ii) la loi du domicile de l'un des époux au moment de cette désignation ;**
- iii) la loi du domicile de l'un des époux après la célébration du mariage.**

Le choix de l'une de ces lois devra être exprès et être consigné dans un écrit ; il porte sur l'ensemble des biens du ménage.

2. À défaut de cette désignation, les rapports patrimoniaux entre les époux sont régis par la loi applicable aux relations personnelles d'après les dispositions de l'article 30.

3. Les époux peuvent au cours du mariage convenir par écrit de soumettre leur régime matrimonial à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un d'eux.

Ce choix ne peut préjudicier aux droits des tiers.

4. La loi gouvernant les rapports patrimoniaux entre époux conformément aux paragraphes précédents, qu'elle soit choisie ou non, est applicable aussi longtemps que les époux n'ont pas choisi valablement une autre loi, indépendamment des éventuels changements de nationalité ou de domicile de l'un ou de l'autre d'entre eux.

256. Tel que cela a été indiqué dans le commentaire relatif à l'article 30, le concept de rapports patrimoniaux dans le mariage présente une nature générique et, par conséquent, un vaste champ d'application. L'éventail des rapports patrimoniaux entre les époux comprend le devoir de secours et d'assistance qui se traduit en obligation alimentaire durant le mariage ou comme conséquence du relâchement ou de la rupture du lien du mariage. Le régime matrimonial primaire régit des points aussi importants que la contribution aux charges ordinaires du mariage, le devoir de secours mutuel, la solidarité pour les dettes contractées en vue de l'entretien commun du couple, les règles relatives au logement commun, etc. Il comprend également les

droits de succession de nature patrimoniale que peut détenir le conjoint survivant et, fondamentalement, le régime matrimonial. Certains de ces rapports patrimoniaux sont régis par leur propre loi applicable. C'est le cas des obligations alimentaires et des droits de succession, soumis tout deux respectivement aux dispositions des **articles 41, 42 et 43**. D'autres, comme le régime matrimonial, constituent le point fondamental du présent article³⁵¹. Quant au régime matrimonial général ou primaire, il relève d'une application territoriale, du fait de la forte incidence de l'ordre public sur les règles qui le régisse.

257. Le schéma des diverses solutions proposées par l'article 31 se rapproche de celui de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux³⁵² et qui est en vigueur dans différents départements et territoires de la Caraïbe conformément aux engagements internationaux souscrits par la métropole³⁵³.

Par conséquent, à l'instar de la convention susmentionnée, la présente loi se fonde essentiellement sur la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté des époux comme critère de base. Il est non seulement, dans la majorité des cas, celui qui répond le mieux à la garantie de prévisibilité et de sécurité juridique, mais en outre et combiné à d'autres possibilités de choix de loi, comme par exemple celle applicable aux droits, il peut servir à consolider une unité de loi applicable très souhaitable entre la loi applicable aux successions (relative aux droits, qui conformément à la loi, appartiennent au conjoint survivant) et la loi applicable au régime matrimonial. Cela devrait permettre d'éviter un éventuel problème d'inadaptation ou de distorsion, bien connu dans la pratique comparatiste³⁵⁴.

258. Le choix de la loi peut être fait à tout moment avant la célébration et tout au long du mariage, soit pour modifier un choix précédemment fait, soit pour modifier la loi applicable jusqu'alors, conformément au renvoi que l'article 31.2° fait à la loi qui régit les rapports personnels. Cependant, la portée du choix diffère selon qu'il se fera avant ou après la célébration du mariage. Dans le premier cas, l'éventail de lois éligibles est plus large. Malgré que ce soit toujours les lois personnelles qui s'appliquent (celle du domicile ou celle de la nationalité de l'un des époux), la détermination dans le temps ouvre la possibilité d'opter avant la célébration du mariage tant pour la loi de la nationalité ou du domicile *actuel* de l'un des futurs époux, que pour

³⁵¹CONC. : Art. 52 à 57 de la loi suisse de DIPr; art. 3122-3124 (Cc du Québec) ; art. 49 à 54 du code belge de DIPr ; art. 30 de la loi italienne de DIPr ; art. 41 loi panaméenne de DIPr ; art. 19 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 29 du projet dominicain ; art. 44 du projet bolivien ; art. 25 du projet uruguayen ; art. 51 à 58 du projet mexicain ; art. 23 à 27 du projet colombien. L'art. 22 de la loi vénézuélienne de DIPr a renoncé à intégrer cette vision moderne de l'autonomie conflictuelle.

³⁵²G.A.L. Droz, "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (Entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux)", *Rev. crit. dr. int.*, 1992, pp. 631 *et seq.* ; A. Bonomi, M. Steiner (eds.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Ginebra, Librairie Droz, 2006.

³⁵³*Vid.* les systèmes liés à l'héritage français.

³⁵⁴*Vid.* la monographie de E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

la loi du domicile *futur* après la célébration. Cette voie répond aux éventuels changements susceptibles de survenir au sein du couple.

Le choix pour une loi future permet aux futurs époux de soumettre leurs rapports patrimoniaux, par exemple, à la loi du futur domicile où le couple (ou l'un des deux de façon immédiate en attendant l'autre) fixera ses centres d'intérêt ou l'un de ses centres d'intérêt. Évidemment, le choix d'une loi future (et incertaine) comporte toujours un doute quant à sa concrétisation : si la loi du futur domicile de l'un des époux est choisie et que des événements indépendants de la volonté des conjoints modifient le projet, le choix opéré pourra-t-il être considéré comme valide ? La présente loi opte pour une solution factuelle. Le choix ne repose pas sur un futur domicile projeté ou désiré mais sur celui qui parvient à être réel et effectif, même s'il n'a pas à être établi de façon absolument immédiate. La philosophie même du choix avec les implications du changement sur la célébration du mariage repose sur l'efficacité du choix. Si l'un des époux change le domicile désigné dans un délai prudentiel après la célébration du mariage, le choix sera valide. Dans le cas contraire, le choix n'aura pas d'effet et la loi applicable aux effets patrimoniaux du mariage sera déterminée comme s'il y avait eu absence de choix.

Il existe également une autre différence selon que le choix a été effectué avant ou après la célébration du mariage. Dans le second cas, le choix ne peut pas affecter les droits des tiers reconnus conformément à la loi qui était applicable aux rapports patrimoniaux entre les époux. Le problème fréquent, qui se pose lorsqu'il y a succession de deux lois applicables au même cas, porte justement sur la détermination du champ d'application de la loi nouvelle ou, pour être plus précis, sur l'éventuelle rétroactivité de la loi nouvelle applicable à la situation régie par l'article 31. Le paragraphe 4, que nous verrons, ne résout pas directement cette question. La logique de l'autonomie de la volonté veut que l'on laisse le choix aux époux de décider de l'éventuelle « rétroactivité » de la loi nouvelle, mais, en tout cas, les droits des tiers ne pourront pas être affectés, ni pour le passé, ni pour le futur. Si les époux ne décident rien, la disposition prévoit logiquement que chaque loi applicable verra son champ d'application dans le temps limité depuis l'entrée en vigueur de celle-ci, la première à compter de la célébration du mariage, jusqu'à son extinction pour cause de choix d'une nouvelle loi.

Cela ne signifie pas qu'il existe un total cloisonnement entre les éventuelles lois applicables successivement. Il est quasiment impossible de les compartimenter de façon hermétique à partir du moment où elles s'appliquent au même patrimoine de façon continue. Par exemple, il n'est pas impossible que suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ayant entraîné un changement éventuel dans le régime matrimonial applicable jusqu'alors, l'un des époux acquiert un bien en utilisant des biens acquis soit sous le régime antérieur, soit sous le nouveau régime. Il s'avère réellement difficile d'éviter ce type de problèmes d'inadaptation ou de distorsion entre les différents régimes applicables successivement. Dans la pratique, face à une dissolution et à une liquidation du régime matrimonial suite, par exemple, à un divorce ou à la mort de l'un des conjoints, la solution la plus adaptée, si plusieurs régimes se succèdent, consistera à procéder à une sorte de liquidation rétrospective du régime à la date du changement de loi. Et il sera pris en compte le résultat de cette liquidation afin de

connaître la situation au moment de débiter le nouveau régime et de liquider l'ancien.

259. La révocation d'un accord relatif à la loi applicable, sans substitution par un nouvel accord, n'est pas prévue spécifiquement par les dispositions de la présente loi. Le cas est extrêmement rare, même s'il ne doit pas être écarté. Dans ce cas, la loi objectivement applicable, à savoir la loi qui régira les effets personnels du mariage, sera automatiquement appelée à gouverner les effets patrimoniaux et, par conséquent, à déterminer le régime matrimonial.

Tous les accords sur le choix de la loi, qu'ils soient antérieurs à la célébration du mariage ou déjà conclus au cours de la durée de celui-ci, doivent être exprès, être rédigés par écrit et s'appliquer à la totalité du patrimoine conjugal. Par conséquent, un choix partiel ne peut être admis. La différence de rédaction entre l'article 31.1° *in fine* et l'article 31.3 de la présente loi, n'implique pas que dans le deuxième article il ne soit pas aussi requis que le choix soit effectué de façon expresse et unitaire ou complète. Son admissibilité est directement régie par la présente loi. Toutefois, son éventuel défaut d'efficacité sera résolu conformément à la loi personnelle de chacun des futurs époux ou époux, s'il s'agit de problème de capacité, ou conformément à la loi choisie dans les autres cas.

260. Il faut avoir présent à l'esprit que le choix de la loi applicable prévu dans les divers paragraphes de l'article 31 de la présente loi ne peut pas être confondu avec la possibilité pour les époux de choisir matériellement ou substantiellement leur régime matrimonial. En effet, les époux peuvent soit choisir celui qui leur semblera le mieux correspondre soit établir un contrat de mariage qui, en complément du régime matrimonial régira en détail et selon leurs souhaits, toute question relative à l'administration du patrimoine conjugal. Ce type d'accords substantiels dépendra, quant à son admissibilité et à la portée de son contenu, de la loi applicable désignée au regard des dispositions prévues par l'article 31 de la présente loi.

De ce fait, si les époux conviennent dans leur contrat de mariage de choisir le régime de la communauté réduite aux acquêts, ou celui de la séparation de biens ou celui de la participation aux acquêts, leur choix sera régi par la loi applicable aux rapports patrimoniaux. Cela ne signifie pas obligatoirement qu'ils doivent choisir un régime matrimonial spécialement prévu par cette loi, mais seulement que la loi qui sera désignée applicable, au regard de l'article 31, servira pour apprécier la validité du contrat.

261. Le dernier paragraphe de l'article 31 de la loi dispose, de façon didactique, que la loi spécifique désignée pour régir les effets patrimoniaux s'appliquera jusqu'à ce qu'elle soit remplacée par une autre, suite à l'exercice de la liberté des époux de l'exclure en choisissant une autre loi applicable. Toutefois, la présente loi ne pourra être écartée dans aucun autre cas, cela signifie que seule la volonté des époux peut exclure l'application de la loi applicable à leurs rapports patrimoniaux et ce, seulement à partir du jour où ils conviennent de cet accord.

Article 32. Nullité du mariage. Sans préjudice des autres dispositions de la présente loi, les causes de nullité du mariage sont déterminées par la loi applicable à sa célébration.

262. La nullité du mariage est un recours prévu par un ordre juridique dans les cas précis où l'une des conditions du mariage n'aurait pas été respectée (sexes des futurs époux, exclusivement bilatéral), ou dans le cas où il n'aurait pas été tenu compte d'un empêchement dirimant (consanguinité, ordre religieux, adoption, crime...) ou si les conditions essentielles de forme n'auraient pas été respectées lors de la célébration du mariage (autorité compétente, témoins...). Ces exemples démontrent que les cas susceptibles d'entraîner la nullité du mariage sont multiples et varient d'un ordre juridique à l'autre. Le concept même de nullité est également pluriel, puisqu'il existe sous diverses formes dans le même ordre juridique (nullité absolue ou nullité relative par exemple au Venezuela, nullité absolue, annulabilité absolue et annulabilité relative, par exemple en Bolivie) ou un seul mode de nullité.

Le présent article couvre un large champ d'application qui réunit tous les cas dans lesquels le mariage peut s'avérer nul, hormis la déclaration de séparation judiciaire ou de divorce³⁵⁵. Le terme nullité s'emploie, ainsi, au sens large pour se référer aux conséquences du non-respect ou du simple défaut des conditions nécessaires requises pour la célébration du mariage et pour se référer aux questions essentielles du mariage susceptibles de déterminer tant son inexistence que sa nullité ou annulabilité à divers degrés, selon les diverses dénominations éventuelles.

263. Bien que cet article se réfère exclusivement aux causes et aux effets de la nullité, il faut prendre en compte que, derrière cette disposition, se posent d'autres questions comme la qualité pour agir en vue d'engager une telle action. La qualité pour agir est intimement liée à chaque cause de nullité. Ainsi, il est logique de prévoir une qualité pour agir la plus large possible (tout intéressé, ministère public...) dès lors que le vice ou le défaut susceptible d'entraîner la nullité est grave (nullité radicale ou absolue, inexistence du mariage). Et à l'inverse, la qualité pour agir sera plus restreinte si la gravité est moindre et qu'il s'agit de cas de nullité relative, d'annulabilité ou même d'annulabilité relative. À signaler également le caractère confirmable ou modifiable du vice et le caractère prescriptible de l'action en nullité ou annulabilité. Il s'agit de questions régies également par la loi que le présent article détermine comme applicable. Il en sera autrement de l'éventuelle intervention du ministère public, si la loi de la Caraïbe le prévoit. Ce sera le cas générique des actions de nature civile relevant du ministère public en protection de l'ordre public et des bonnes mœurs ou les cas spécifiques portant sur les procédures matrimoniales. La qualification de cette intervention est à considérer essentiellement sur le plan procédural et non sur le fond, sur le fond elle serait particulièrement problématique en termes strictement pratiques.

³⁵⁵CONC. : Art. 30 du projet dominicain ; art. 64 et 65 du projet mexicain.

264. Pour déterminer la loi applicable, l'article 32 de la présente loi consacre une solution simple, raisonnable quant à l'essence de la nullité matrimoniale et commune en droit comparé : la loi qui régit la validité du mariage, n'est autre que celles qui sont appelées réellement ou potentiellement à gouverner cette validité³⁵⁶. Cela impose de distinguer, de nouveau, les mariages célébrés dans la Caraïbe de ceux célébrés à l'étranger.

Dans le premier cas, la loi du domicile de chacun des époux détermine si le mariage a été célébré en violation de l'une des conditions de capacité susceptible d'entraîner une inefficacité du mariage, et indique dans ce cas, celui qui peut l'invoquer, durant combien de temps ainsi que l'éventuelle possibilité de le reconnaître, etc.³⁵⁷ Le reste des aspects potentiellement importants (autorité compétente, forme, consentement, conditions substantielles du mariage, etc.) est soumis à l'application de la loi de la Caraïbe.

La validité des mariages célébrés à l'étranger dépend, comme cela a déjà été vu, du modèle très fort de la *favor matrimonii*³⁵⁸. Pour cette raison, la détermination de la loi applicable à la nullité du mariage s'articule de façon différente : la cause de la nullité prévue par l'une des lois éventuellement applicable à la validité du mariage n'est pas, en soi, importante si elle n'est pas connue pour une quelconque autre cause. Par exemple, si le mariage est nul pour la loi du domicile ou de la nationalité du mari, mais qu'elle ne l'est pas au regard de la loi de la nationalité ou du domicile de son épouse. Autrement dit, la forteresse qu'est la *favor matrimonii* pour les mariages célébrés à l'étranger tombe seulement en matière de nullité quand aucune des lois potentiellement applicables considère le mariage comme valable.

265. Ce dernier commentaire amène à poser l'un des problèmes d'interprétation les plus fréquents en matière de loi applicable aux effets de la nullité matrimoniale : l'existence d'une pluralité de lois établissant cette nullité. Autant cet élément peut ne pas s'avérer important pour constater la nullité (un mariage est nul, que cette nullité soit prévue par une loi déterminée ou par deux lois différentes), autant il l'est quand il s'agit de déterminer les effets de la nullité, et ces effets diffèrent d'une loi potentiellement applicable à l'autre. Cette situation se produira chaque fois qu'il s'agira de déclarer la nullité des mariages célébrés à l'étranger (donc sa validité ne relève ni de la loi de la célébration, ni de la loi personnelle des époux, ni de celles de leur nationalité) mais également celle des mariages célébrés dans la Caraïbe, quand, par exemple, il existe des vices qui entraînent la nullité au regard tant de la loi de la Caraïbe, que de celle de la loi personnelle de l'un des époux (ou des deux). Dans ces cas, quelle loi régira la nullité ? Il aurait pu être imaginé, certainement, qu'une loi

³⁵⁶C'est, par exemple, la solution générique que prévoit l'art. 47 du code Bustamante : « La nullité du mariage doit être régie par la même loi à laquelle la condition intrinsèque ou extrinsèque qui la motive est soumise. » Sans préjudice de cela, le code prévoit des dispositions spécifiques supplémentaires.

³⁵⁷*Vid. supra*, le commentaire de l'art. 29.2° de la présente loi.

³⁵⁸*Vid. supra*, le commentaire de l'art. 29.3° de la présente loi.

gouvernerait la nullité et qu'une autre régirait ses effets³⁵⁹. Ou bien, plus simplement, il pourrait être considéré que la catégorie des effets de la nullité ne constitue pas une entité propre du fait qu'il est rare de soumettre un effet à une loi spécialement prise en compte à ce titre³⁶⁰. Mais, aucune de ces options n'est expressément retenue par la présente loi.

La réponse à la question posée et, par conséquent son importance, requiert de faire un choix pour délimiter le champ d'application de l'article 33 et le reste des articles qui peuvent également être applicables : la loi applicable à la filiation quant aux conséquences pour les enfants du mariage, la loi applicable aux aliments quant aux obligations alimentaires (tant à l'égard des enfants qu'à celui éventuellement du conjoint), la loi applicable au régime du nom dès lors qu'il dépend ou peut dépendre de l'existence d'un mariage ; la loi applicable aux droits de succession, etc. La règle doit faire que ces statuts particuliers soient régis par leur propre loi. Ce choix de la spécialité gouverne, en général, les relations entre les diverses règles de conflit établies par la présente loi.

Cela dit, il ne faut considérer que les dispositions de l'article 32 sont inutiles. En premier lieu, parce qu'il ne faut pas écarter que l'un des effets escomptés pourrait ne pas entrer clairement dans les règles de conflit prévues par la présente loi. Et, en second lieu, parce que dans certaines occasions, il peut exister un lien exprès entre la loi régissant l'effet et celle régissant la nullité. Cela est le cas dans les dispositions de l'**article 40.3** de la présente loi qui dispose : « La loi applicable à l'annulation du mariage, au divorce ou à la séparation de corps régit le droit aux aliments entre conjoints ou ex-conjoints issu de ces situations ». Dans ce cas, la pluralité de lois applicables à la nullité du mariage présente un véritable problème qui s'avère difficile à résoudre sur le plan strictement formel : le choix fondé sur le principe du *favor matrimonii* (détaché, d'autre part, de la nullité même) consisterait à préférer les lois en présence qui conserveraient le plus d'« effets » au mariage. Dans le cas en question, ce serait la loi qui accorderait une pension alimentaire au détriment de celle qui n'en accorderait pas. Cependant, si nous prenons en compte que la règle à interpréter maintenant (**article 40.3°** de la présente loi) n'est conditionnée à aucun type de *favor creditoris*, mais bien le contraire, l'autre choix, peut-être plus fidèle à la finalité de cette règle, consistera à appliquer la loi qui présente le lien le plus étroit entre les ex-époux.

Article 33. Divorce et séparation de corps. 1. Les époux peuvent convenir par écrit avant ou au cours du mariage de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse d'une des lois suivantes :

i) la loi de l'État dans lequel les époux ont leur domicile commun au moment de la conclusion de la convention ;

³⁵⁹*Vid.*, v. gr., l'art. 50 du code Bustamante.

³⁶⁰J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, p. 430.

ii) la loi de l'État du lieu du dernier domicile conjugal, si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ;

iii) la loi de la nationalité commune des époux au moment de la conclusion de la convention.

2. À défaut de convention de choix, sera applicable la loi du domicile commun des époux au moment de la saisine de la juridiction ; à défaut d'un tel domicile, la loi du dernier domicile conjugal si au moins un des deux époux y réside encore ; à défaut, la loi caribéenne.

3. Après l'introduction de la demande, les époux peuvent décider que la séparation de corps ou le divorce sera régi par la loi caribéenne.

266. La détermination de la loi applicable au divorce et à la séparation judiciaire est présidée par deux principes fondamentaux qui régissent les solutions adoptées par la présente loi en matière de personne, de famille et de successions : l'importance de l'autonomie de la volonté, d'une part, et, à défaut, l'application de la loi qui présente le lien le plus étroit avec la situation, d'autre part, en se fondant en premier lieu sur la loi personnelle ou la loi du domicile des personnes physiques³⁶¹.

Dans cette structure, le premier choix vise à concéder aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à leur divorce et/ou leur séparation. Dans un contexte international dans lequel la mobilité des personnes est devenue banale et dans un contexte socio-familial dans lequel le mariage s'est profondément métamorphosé, subissant des crises (nullité, mais surtout séparation et divorce) au quotidien, l'un des objectifs les plus évidents en vue de sélectionner la loi applicable consiste à trouver le bon équilibre entre flexibilité et sécurité juridique pour les conjoints. L'autonomie de la volonté est l'instrument optimum. D'une part, il permet aux époux de choisir comme loi applicable à leur divorce ou leur séparation judiciaire soit celle d'un pays avec lequel ils ont un certain rattachement, soit celle qui les place dans un cadre juridique confortable à l'abri de toute surprise du fait de l'application d'une loi imprévue ou inattendue. D'autre part, la flexibilité qu'offre l'autonomie de la volonté permet qu'un changement de situations dans la vie conjugale ou familiale soit assumé et traité convenablement par le changement du choix de la loi applicable. En ce sens, pour des raisons pratiques, il est préférable que la convention de désignation de la loi applicable puisse être signée et être modifiée au plus tard à la date à laquelle la demande sera déposée devant la juridiction. À la suite de quoi, le choix pourra être effectué au profit de la loi de la Caraïbe : la loi du tribunal saisi de l'affaire³⁶².

³⁶¹CONC. : Art. 61 de la loi suisse de DIPr ; art.3090 (Cc du Québec) ; art. 55 à 57 du code belge de DIPr ; art. 31 de la loi italienne de DIPr ; art. 54 de la loi polonaise de DIPr ; art. 43 du code panaméen de DIPr ; art. 20 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 31 du projet dominicain ; art. 60-63 du projet mexicain ; art. 48 du projet bolivien ; art. 26 du projet uruguayen ; 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.

³⁶²La conjonction entre choix de la loi (certes *a priori* limité à une liste prédéterminée) et loi applicable à défaut de choix de loi constitue clairement une réponse moderne que l'on retrouve dans le règlement le plus récent de l'Union européenne ainsi que dans les textes nationaux affectant les pays

267. Cette possibilité de choix doit consister en un choix éclairé, et non simplement hasardeux ou présumé. Il s'agit d'un choix bilatéral effectué par les deux conjoints, de telle manière que chacun d'eux connait exactement les conséquences juridiques, économiques et sociales découlant du choix de la loi applicable. Le choix de la loi applicable effectué d'un commun accord doit avoir été obtenu, en outre, librement et sans aucun type de contrainte, il ne peut pas affecter les droits ni l'égalité entre les conjoints. Il paraît donc raisonnable de limiter *a priori* le catalogue des lois potentiellement éligibles au champ des lois personnelles des époux : la loi du domicile commun au moment de la conclusion de la convention portant sur le choix de la loi ; la loi du dernier domicile conjugal, si l'un des époux y réside encore au moment de la conclusion de la convention et la loi de la nationalité commune, si les deux critères précédents ne sont pas applicables. À noter que la référence au dernier domicile conjugal doit s'appliquer, en fonction du caractère systématique de la disposition, au dernier domicile commun. À noter également que les lois potentiellement éligibles se déterminent dans le temps au moment du choix, c'est-à-dire qu'il est possible que les époux aient eu un domicile commun durant une grande partie de leur vie matrimoniale, mais qu'ils n'aient pas au cours de cette durée de temps choisi de loi pour leur séparation ou leur divorce. La possibilité de choix disparaît avec la disparition du domicile commun.

Une autre information doit être prise en compte dans le même sens. Non seulement la présente loi n'ouvre pas de façon illimitée la possibilité de choisir mais les limites imposées sont ouvertes au choix de lois réellement proches. Il est prévu de proposer que les lois réellement proches soient toutes celles qui présentent un lien avec *les deux époux* dans le présent ou dans le passé (*v.gr.*, la référence au dernier domicile conjugal). Ainsi, si aucun des critères proposés n'est réuni (les époux n'ont pas de domicile commun, aucun d'eux ne continue à résider dans le domicile commun et ils possèdent une nationalité différente) le choix de la loi résultera impossible. L'équilibre posé entre les intérêts privés (choix de la loi) et publics fait que, dans tous les cas, la loi qui régira la séparation et le divorce sera une loi qui présentera un lien étroit avec le couple.

268. La présente loi accorde également une importance à la prise de conscience en exigeant que la convention de choix de la loi soit conclue par écrit. Cette condition de forme impose que l'écrit soit daté et qu'il acte l'accord des deux époux. La date est une conséquence indéfectible de la limite posée au nombre de lois potentiellement

et les territoires de la Caraïbe. *Vid.* dans ce sens le 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 (art. 5 et 8 principalement) qui touche les départements et les territoires d'héritage français (*vid.* le rapport sur l'héritage français. Il faut prendre en compte la nuance qui s'y fait sur Saint-Barthélemy, qui est sortie de l'UE au 1^{er} janvier 2012, et il convient de rappeler que le règlement en la matière est entré en vigueur le 30 décembre 2010, mais qu'il n'a pas été appliqué avant le 21 juin 2012). *Vid.* également, concernant quelques territoires issus de l'héritage néerlandais, l'art. 10.56 du code civil néerlandais. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, "La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España", *Revista Jurídica Española La Ley*, n° 7912, 2002.

applicables à un moment critique déterminé. L'*admissibilité* de la convention de choix de la loi découle directement de la présente loi et ne peut relever d'aucune autre condition. Elle n'exclut ni l'éventuelle opérabilité de la loi personnelle de chacun des époux quant à la détermination de leur capacité, ni l'application de la loi éligible en cas d'erreur, de violence, d'intimidation, etc. dans la conclusion de la convention qui choisira la loi applicable à la séparation ou au divorce.

269. À défaut de convention, il est prévu que la loi applicable qui présente un lien entre les époux, dans le giron de la loi personnelle, est la loi du domicile commun au moment de la présentation de la demande, ou le dernier domicile conjugal commun à condition que l'un des époux y réside encore. À défaut de ces deux lois, ce sera la loi de la Caraïbe qui s'appliquera. Et cette loi pourra dans tous les cas être choisie lors de la procédure, excluant les lois qui, jusqu'alors, s'avéraient applicables de façon objective. L'application de la loi du for à la séparation et au divorce est, en outre, l'un des choix majeurs du droit international privé comparé³⁶³. Enfin, et d'un autre côté, comme les solutions présentées dans le présent article 33 sont en correspondance avec celles retenues en matière de compétence judiciaire internationale des tribunaux de la Caraïbe, il peut en être conclu que l'application de la loi personnelle dans le propre for s'avèrera fréquente.

270. La loi qui régit la séparation ou le divorce, qu'elle soit choisie ou applicable de façon objective, régira les causes et les conditions du divorce ou de la séparation, les délais qui, le cas échéant, peuvent être nécessaires pour la demande de séparation ou de divorce, ou pour le passage de la séparation au divorce, la possibilité de faire déclarer la séparation ou le divorce par consentement mutuel, la charge de la preuve dans le cas où il serait fait recours à des causes déterminées, etc. La loi qui sera applicable le sera de façon générique, par rapport aux autres lois prévues par la présente loi, de sorte qu'elle ne couvrira pas les aspects quant à la capacité juridique des époux, quant à l'existence, la validité ou la reconnaissance du mariage objet de la séparation ou du divorce, quant à la nullité ou l'annulation du mariage, quant aux éventuelles conséquences qu'entraîneraient la séparation ou le divorce sur le prénom et le nom des époux, quant aux conséquences patrimoniales de la séparation ou du divorce, quant aux conséquences que la séparation ou le divorce seraient susceptibles de produire sur les enfants, quant aux obligations alimentaires hormis celles qui seront établies entre les époux à l'occasion ou suite à leur séparation ou leur divorce³⁶⁴, ou quant aux droits successoraux auxquels pourrait prétendre chacun des époux ou ex-époux par rapport à l'autre.

³⁶³*Vid.*, v.gr., L. Pålsson, "Marriage and Divorce", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, cap. 16, 1978, qui traite du "*strong power of attraction*" de la *lex fori* dans des systèmes basés sur la loi personnelle. Il est certain que cette force d'attraction a pour conséquence que la loi du for soit parfois la loi principale : l'exemple de l'art. 10:56 du code civil néerlandais susmentionné, avant de mettre en place l'autonomie de la volonté, prescrit que « *Whether a dissolution of a marriage or a legal separation can be decreed and on which grounds, shall be determined by Dutch law.* »

³⁶⁴*Vid. infra*, le commentaire de l'art. 40.

271. Dans tous les cas, il convient de préciser que, quelle que soit la loi applicable, il ne sera pas possible de contraindre une autorité de la Caraïbe de prononcer le divorce ou la séparation d'un couple qui serait considéré comme inexistant ou non valide aux fins de la séparation ou du divorce. Ce serait le cas, par exemple, de la demande de séparation ou de divorce déposées par deux époux de même sexe, ayant un domicile commun dans la Caraïbe et qui auront choisi comme loi applicable à leur divorce celle du pays dans lequel ils auront contracté mariage et qui constituait leur domicile commun au moment où ils ont procédé à ce choix. Même s'il est possible que l'exception d'ordre public énoncée à l'**article 68** de la présente loi ne soit pas en soi appliquée aux règles de séparation ou de divorce prévues par la loi étrangère (au cas où il s'agit d'une loi dont les causes de divorce sont considérées de manière abstraite comme étant équivalentes à celles de la loi de la Caraïbe), le fait même de se trouver face à une réalité que la loi de la Caraïbe ne reconnaît pas, influencera de façon déterminante le rejet de la demande.

Article 34. Unions non conjugales. 1. La loi du lieu de constitution des partenariats enregistrés ou reconnus par l'autorité compétente détermine les conditions de formation et d'enregistrement, les effets sur les biens et les conditions de dissolution de l'union.

2. Les partenaires peuvent convenir par écrit au cours de l'union de soumettre leurs relations patrimoniales à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un d'eux.

Cette convention ne peut préjudicier aux droits des tiers.

3. Tout effet de l'union qui ne reçoit pas une solution spécifique de la présente loi est soumis à la loi de la résidence habituelle des partenaires.

272. Une loi contemporaine de DIPr ne peut faire abstraction d'un phénomène qui s'avère de plus en plus commun, la relation familiale entre deux personnes en marge de l'institution matrimoniale, mais présentant une relation affective et un projet de vie similaire ou proche à celui du mariage traditionnel³⁶⁵.

Contrairement à ce qui se passe – ou se passait³⁶⁶ – jusqu'à récemment, le mariage se présentait sous une forme conceptuelle et, d'une certaine façon, institutionnelle commune en droit comparé (l'exception la plus importante concernait le mariage polygame auquel s'est ajouté récemment le mariage de deux personnes de même sexe), la situation en matière d'union stable de couple s'avère hétérogène. En effet,

³⁶⁵CONC. : Art. 3090. 1, 2 et 3 (Cc du Québec) ; art. 60 du code belge de DIPr; art. 42 du projet bolivien; art. 27 du projet uruguayen.

³⁶⁶Il a certainement déjà été souligné (*vid. supra* le commentaire de l'**art. 29** de la présente loi) que le propre de l'institution du mariage fait aujourd'hui l'objet d'une hétérogénéité toujours plus marquée en droit comparé.

elle se définit en se limitant à des couples de sexes différents, les effets de sa reconnaissance sont plus ou moins proches, voire parfois simplement identiques à ceux du mariage, et passe évidemment par les conditions nécessaires pour considérer ces unions comme étant une réalité avec une portée juridique allant au-delà de son évidente réalité purement factuelle.

Il ne peut pas être éludé, non plus, que dans de nombreux cas, le respect de la liberté des personnes de ne pas s'unir sous la forme d'une quelconque institution (le mariage ou même une union stable « typique ») doit être pris en compte car il s'agit d'une question relevant de la liberté de développement de la personne, un droit fondamental inaliénable et présente des effets très profonds dans le traitement des questions qui touchent à la personne, la famille, l'état civil, etc. Cette idée interpelle quant au traitement possible de cet ensemble hétérogène de réalités proches et diverses à un moment donné. Le droit peut-il les individualiser ou s'agit-il plutôt d'un faisceau de relations qui peut faire abstraction de cette individualisation ? La liberté des personnes unies de façon stable de ne pas s'en remettre à l'offre spécifique d'institution – le mariage ou une autre institution également spécifique – que leur propose l'ordre juridique les rend-elles immunes à tout autre type de contrainte institutionnelle ? Cette dualité basique (liberté-soumission aux règles juridiques) ne touche pas seulement les aspects substantiels (régir positivement les unions stables, au moyen d'un ensemble de règles ou ne pas le faire), mais aussi le DIPr et, plus concrètement, la désignation de la loi applicable. Faut-il une loi générale pour régir les unions stables non conjugales ? Ou chacune des lois applicables aux autres questions est-elle suffisante pour régir les problèmes entre les partenaires ?³⁶⁷

273. La loi de la Caraïbe opte pour une solution modérée en n'intervenant pas au-delà de ce que la pratique nécessite. D'un côté, elle prend en compte le fait qu'il existe un accroissement de la réglementation qui est, chaque fois plus, spécialisée sur ces cas de figure en droit comparé les rendant à chaque fois plus individualisables et plus spécifiques en termes juridiques. Cela doit conduire à pouvoir les individualiser aussi en termes de loi applicable. Mais à côté de cette exigence, la présente loi prend également en compte que nombre de règles de conflit sont potentiellement applicables à ces relations et aux effets de cette union non conjugale. Bien qu'elles n'aient pas été spécifiquement conçues pour ce type de relation, elles s'adaptent parfaitement à la problématique posée. La loi qui régir les obligations alimentaires n'a pas à être différente selon que les aliments dus émanent de tel ou tel type de relation : conjugale, parentale, ou de tout autre type de lien de parenté ou qu'elle découle simplement d'une union non conjugale ; le mode d'établissement de la filiation naturelle ou adoptive, les relations parentales, la protection des enfants nés hors mariage... Tous ces points sont autant d'aspects qui ne nécessitent pas une réponse différente de celle qui serait donnée si les parents sont mariés, s'il s'agit d'une famille monoparentale ou si les parents ne sont pas mariés et qu'ils vivent ou non de façon stable

³⁶⁷Vid. S.A. Sánchez Lorenzo, "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, n° 2, 1989, pp. 487-532 ; *id.*, "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 4, 2001, pp. 207-230.

ensemble, c'est-à-dire que leur situation s'ajuste à celle qui est analysée maintenant. Il en va de même pour les droits successoraux, pour lesquels le choix qui est fait en faveur de la loi du dernier domicile du défunt fait abstraction des relations juridiques sur lesquelles cette loi peut baser l'attribution des droits successoraux.

Toutefois, il existe des points communs aux unions stables non conjugales qui soit ne sont régies par aucune règle de conflit, soit sont régies par des règles de conflit existantes qui ne permettent pas d'apporter des réponses satisfaisantes. Parmi les secondes, se trouve la loi applicable au régime juridique des biens qui pourraient s'appliquer raisonnablement au couple : quelque chose de similaire à la communauté entre époux qui relève du mariage. Le choix dans ce cas, sans établir aucune règle ni sans s'en remettre à la règle générique sur le régime des biens pris en compte, chacun en particulier en marge de l'existence d'un véritable patrimoine, impliquerait de leur appliquer la loi du lieu de situation (*lex rei sitae*), tel que le prévoit l'**article 58** de la présente loi. Cela peut facilement conduire à dissocier la loi, présentant le lien le plus étroit avec le couple stable non conjugal applicable, du régime de leurs biens, tout comme à fractionner ce même régime en autant de lois qu'il y a d'États différents correspondant à un moment donné à un lieu de situation des biens. Le choix pour une solution unitaire s'avère davantage en accord avec la nature familiale ou équivalente de ces unions. Une vision fonctionnelle du problème le place plus près des rattachements personnels que des rattachements patrimoniaux, sans aucun doute³⁶⁸.

Elle s'identifie, de prime abord, à la loi de l'État où a été constituée ou enregistrée l'union, comme étant la loi présentant le lien, soit par la propre volonté implicite des partenaires, dans le cas de l'enregistrement (qui normalement s'accompagne en plus de certaines conditions de stabilité et de liens supplémentaires), soit par nécessité au regard des conditions que la loi rattache au statut d'union stable non conjugale à un couple. Toutefois, tel que cela a déjà été indiqué, la liberté individuelle et le libre développement de la personnalité est un élément fondamental dans ce type de relations et leur traduction par la désignation de la loi applicable consiste à permettre aux intéressés de choisir la loi. Cette liberté pourra s'exercer pour renvoyer le régime patrimonial du couple à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un quelconque d'entre eux, comme le prévoit l'**article 30** relatif à loi applicable aux relations patrimoniales entre les époux.

274. L'autre point commun, pour lequel il n'existe pas de règle de conflit spécifique susceptible de donner une réponse satisfaisante, relève de la constitution de l'union non conjugale. La situation est complexe et, en tout cas, ne peut être soumise à d'autres règles potentielles comme pour la célébration du mariage, avec lequel elle ne présente pas les mêmes justifications. L'article 34 opte pour régir exclusivement deux types d'union stable non conjugale : celle qui est enregistrée et celle qui est reconnue par une autorité compétente. Par conséquent, reste hors du champ d'application de l'article les unions stables non conjugales fondées ou reconnues *ipso iure*. La difficulté pour désigner à sa simple existence la loi applicable est une constante

³⁶⁸Du point de vue de la qualification, S. Álvarez González, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. par M. Albaladejo et S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2, 2^{ème} éd., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842-880, pp. 872-873.

dans le droit international comparé et entrave les travaux de codification internationale³⁶⁹.

Article 35. *Établissement de la filiation.* 1. La filiation est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance.

2. Toutefois, la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de l'introduction de la demande en déclaration de filiation s'applique si elle est plus favorable à l'enfant.

3. La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle est conforme à la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance ou au moment de la reconnaissance, ou à la loi de la résidence habituelle ou à celle de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance.

275. La présente loi vise deux règles pour se référer aux deux grands titres de l'établissement de la filiation, celles qui découlent de l'adoption et les autres, parmi lesquelles la filiation biologique occupe la place principale. Il n'est pas exclu que tout autre type de filiation, comme celle qui découle de la maternité subrogée, puisse être aussi visée par cette règle. Le présent article se réfère à la filiation qui découle de faits ou de titres distincts de l'adoption³⁷⁰. Tel que nous le verrons³⁷¹, la conception actuelle de l'adoption, dans les cas d'adoption de mineurs, reflète davantage une forme de protection des mineurs ou des incapables qu'une forme de constitution de la filiation (bien que ce soit les deux en même temps).

276. La loi applicable à l'établissement de la filiation suscite des questionnements au moment de choisir un critère concret permettant de la déterminer. D'un côté, il s'agit d'une situation réelle qui rattache plus d'une personne. De fait, dans les cas ordinaires d'établissement de la filiation, il existe au moins deux personnes, l'enfant et l'un de ses géniteurs. Il est fréquent qu'il y ait trois personnes, l'enfant et les deux géniteurs et il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir plus de trois personnes, par

³⁶⁹La meilleure illustration en est le document élaboré par la Conférence de La Haye de droit international privé, *Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés*, Note établie par le Bureau Permanent. Private (2000), dans lequel ces difficultés sont mises en avant et quelques tentatives de réglementation analogiques sont présentées (v.gr., celle concernant la responsabilité parentale), qui, au jour d'aujourd'hui, n'ont eu aucun succès. L'importance de ce thème l'a maintenu dans l'agenda de la Conférence, mais il se trouve en *stand by* de par sa complexité et les travaux les plus récents montrent, de la même manière, une absence évidente en droit international privé comparé et un éventail encore peu défini de propositions (*Note sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*, établie par Caroline Harnois (ancienne Collaboratrice juridique) et Juliane Hirsch (Collaboratrice juridique), élaborée en mars 2008, pp. 40–41).

³⁷⁰CONC. : Art. 68 et 69 de la loi suisse de DIPr ; art. 3091 (Cc du Québec) ; art. 63 du code belge de DIPr ; art. 33 de la loi italienne de DIPr ; art. 55 et 56 de la loi polonaise de DIPr ; art. 24 de la loi vénézuélienne de DIPr ; art. 44 et 45 du code panaméen de DIPr ; art. 33 du projet panaméen ; art. 20 du projet mexicain ; art. 28 du projet uruguayen ; art. 29 du projet colombien.

³⁷¹*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 36** de la présente loi.

exemple, en cas de maternité subrogée. Cette pluralité potentielle de référents personnels tous concernés par la relation de filiation qui est, par définition, bilatérale ou trilatérale, complique le choix de la loi applicable si nous prenons en compte une nouvelle variable : la relation intrinsèque existant entre les lois personnelles du père, de la mère et de l'enfant, que l'on opte pour celle du domicile ou pour celle de la nationalité. Dans ce second cas, il faut prendre en compte le facteur additionnel des relations structurelles entre la filiation et la nationalité dans les cas où la nationalité se transmettrait *iure sanguinis*³⁷².

L'article 35 de la présente loi opte pour une solution cohérente avec le principe de la loi personnelle et la centre sur la personne de l'enfant. Il s'agit d'une solution neutre qui évite tout type de traitement différent prenant en compte les éventuels géniteurs (comme cela se passerait, par exemple, si la loi personnelle de la mère était choisie). Cela simplifie la structure d'une règle de conflit qui voudrait prendre en compte les deux et qui passerait par des rattachements collectifs (domicile ou nationalité communes, par exemple) qui ne sont pas toujours présents dans la réalité. La loi du domicile de l'enfant est unique et existe toujours.

Cela n'évite pas toutefois toute sorte de problème d'interprétation. Retenir la loi du domicile, qui est un rattachement variable par nature, pour régir une situation d'état civil qui est principalement permanente, peut poser un problème d'identification dans les cas où le domicile de la personne a changé tout au long de sa vie. L'article 35 prend toute la mesure de ce problème potentiel et fixe le jour de la naissance comme moment déterminant. Cette solution est cohérente et efficace dans la majorité des cas. Cohérente, car elle ne sépare pas le principe général du rattachement au domicile et efficace, dès lors que la majorité des problèmes relatifs à l'établissement de la filiation des personnes physiques se posent au moment de la naissance ou dans un délai immédiatement postérieurs à celui-ci, c'est-à-dire dans la plupart des cas au moment de l'enregistrement de l'enfant et de sa filiation. Relier la naissance et la filiation est une option constante en droit comparé.

277. Toutefois, deux observations doivent être formulées quant à cette option. Premièrement, si le domicile des personnes physiques adultes peut facilement être identifié par la résidence habituelle - qui est le lieu où une personne est établie à titre principal et se matérialise par l'existence de liens stables et durables³⁷³ - il n'est pas possible de s'en remettre à ces critères de relation durable et habituelle en ce qui concerne un nouveau-né. L'article 5 de la présente loi se réfère à des situations de nature personnelle, familiale et professionnelle. Évidemment, la résidence habituelle des nouveau-nés ne peut pas faire abstraction de la résidence habituelle de leurs géniteurs et y compris de la volonté de ces géniteurs quant à l'établissement du futur domicile de leur enfant. Les choix opérés par la présente loi permettent, en toute circonstance, d'apprécier le domicile de l'enfant et de le matérialiser comme étant

³⁷²Les art. 57 à 66 du code Bustamante témoignent de cette multiplicité d'options, faisant parfois recours à la loi personnelle de l'enfant, parfois à la loi personnelle du parent et parfois à la loi du for.

³⁷³*Vid. supra*, le commentaire de l'art. 5.

son domicile particulier et non comme un domicile dépendant ou domicile juridique³⁷⁴.

278. Deuxièmement, bien que la naissance soit réellement le moment le plus favorable pour déterminer la filiation naturelle, il n'en est pas toujours ainsi : les vicissitudes qui pèsent sur l'établissement de la filiation peuvent se prolonger toute la vie de la personne, soit par la recherche de la preuve d'une filiation non encore déterminée – par le biais des actions judiciaires en recherche de filiation –, soit par la demande d'annulation d'une filiation établie mais qui ne correspond pas à la réalité – par le biais des recours en contestation de filiation –, soit par des actions mixtes qui englobent les deux prétentions de façon successive.

Quand le domicile de l'enfant au moment de la naissance est différent de celui qu'il a au moment où l'action est engagée, un doute peut raisonnablement apparaître sur l'intérêt de retenir la loi du domicile au moment de l'action. Ce moment sert à déterminer la juridiction internationale compétente pour connaître de l'action qui, entre autres, se fonde sur la résidence habituelle de l'enfant dans la Caraïbe au moment où la demande est déposée. Une corrélation entre *forum* et *ius* (application de la loi de la Caraïbe par les tribunaux de la Caraïbe) doit être sérieusement appréciée. Si l'article 35.2 de la présente loi ne déroge pas radicalement à la règle établie dans son premier paragraphe, toutefois il la module et l'assouplit en permettant que dans les cas de conflit mobile, la loi applicable soit celle du domicile de l'enfant au moment de la naissance ou celle de sa résidence habituelle au moment où l'action est engagée si celle-ci s'avère être plus favorable. L'introduction d'un critère favorable à l'enfant en matière de filiation pour les cas de conflit mobile comprend la recherche d'un résultat matériel qui n'est pas toujours facile à déterminer³⁷⁵. Le principe de *favor filii*, à savoir la protection de l'enfant en matière de filiation peut être interprété comme un souhait de voir établir une filiation qui fait défaut de façon officielle, de voir consolider la filiation établie ou, tout simplement, de démontrer que celle qui est établie ne correspond pas à la réalité biologique. Et les intérêts de chacun de ces cas peuvent être confrontés. Sans mettre en doute le bien-fondé, généralement accepté, du principe de *favor filii*, l'on peut se demander comment déterminer la loi la plus favorable à l'enfant. Sans doute la règle est tournée vers l'enfant lui-même – ou ses représentants – qui vont en apprécier le résultat matériel. Dans certains cas, ce sera facile : s'il s'agit d'une action en recherche de paternité initiée par l'enfant et pour l'une des lois, le délai d'action est prescrit ou caduc, selon le cas, et pour l'autre, il ne l'est pas, il est clair que la loi *a priori* plus favorable à l'enfant est la seconde. S'il s'agit, au contraire, d'une action en contestation de paternité toujours initiée par l'enfant, la loi applicable sera celle qui rendra possible l'action. La pratique devra

³⁷⁴Art. 13 de la loi vénézuélienne de DIPr.

³⁷⁵L'art. 29 du projet colombien de loi générale de DIPr prévoit une solution qui recherche également un résultat matériel, introduisant deux lois de manière alternative organisées en faveur de l'enfant : « La filiation quant à son existence et ses effets sera régie par la loi du domicile ou de la résidence habituelle du mineur [...]. La filiation pourra également être déterminée en lien avec chacun des parents conformément à la loi du pays dont relève chacun d'entre eux. »

résoudre les autres situations moins claires, comme par exemple l'action en désaveu de paternité engagée par le père.

279. Outre ces situations litigieuses, il existe des situations habituellement moins problématiques mais qui, d'une certaine manière, s'écartent des conditions légalement requises et pour lesquelles la preuve de la filiation vaut reconnaissance volontaire. Dans ce cas, la présente disposition a opté pour une solution clairement favorable à la validité de la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité. Pour ce faire, elle a ajouté aux lois du domicile de l'enfant au moment de sa naissance ou au moment où est effectuée la reconnaissance, la loi du domicile ou de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance. De la sorte, il suffira que la reconnaissance soit valable au regard de l'une quelconque de ces lois pour que celle-ci soit admise comme telle.

280. Il faut prendre en compte, dans tous les cas d'établissement de la filiation, qu'il existe des limites rationnelles aux objectifs substantiels des paragraphes deux et trois du présent article 35. De ce fait, l'établissement d'une filiation qui contredira une autre filiation déjà déterminée et non contestée, posera très vraisemblablement des questions d'ordre public. Ainsi une reconnaissance volontaire de paternité considérée valable par l'une des quatre lois éventuellement applicables prévues par le présent article 35.3 ne semble pas réussir le test de compatibilité avec une filiation paternelle en vigueur et qui ne sera pas contestée de façon satisfaisante.

281. Le champ d'application de la règle doit être envisagé au sens large. Il couvre, non seulement, les documents éventuels de preuve de la filiation naturelle (maternité découlant directement de l'accouchement, maternité par reconnaissance, présomption de paternité du mari de la mère ou de tiers, reconnaissance de paternité, légitimation de la filiation suite au mariage des parents, tout type d'actions judiciaires de filiation engagées, etc.) mais également tous les aspects liés à celle-ci et susceptibles d'être de nature substantielle, procédurale ou mixte : délai de dépôt des actions de filiation et nature de ceux-ci, type de preuve acceptée pour ces actions, présomptions liées à la filiation, l'établissement actif et passif dans les actions de filiation, etc.

Article 36. Adoption des mineurs. La loi caribéenne s'applique à l'adoption prononcée par une autorité caribéenne. Toutefois, doivent être prises en compte les conditions relatives aux consentements et autorisations nécessaires posées par la loi nationale ou de la résidence habituelle de l'adopté ou de l'adoptant.

282. Le présent article apporte une solution simple et efficace sur la loi applicable en matière d'adoption internationale³⁷⁶. Simple, car il prévoit que ce sera l'autorité compétente qui déterminera la loi à appliquer ce qui constitue une solution de meilleure qualité juridique et permet d'éviter d'avoir à connaître, à solliciter l'application et à prouver le droit étranger³⁷⁷. En outre, la présente loi distingue l'adoption des mineurs de celles des majeurs. Deux types d'adoption présentant des caractéristiques et un intérêt très différents et qui nécessitent un traitement légal également différent.

Il faut souligner que l'article ne vise que l'adoption prononcée par une autorité caribéenne. Les autres aspects comme la coopération internationale en matière d'adoption d'enfants ou les conditions pour la reconnaissance des adoptions intervenues à l'étranger ne sont pas traités par cette disposition. Dans les pays de la zone OHADAC, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale n'est pas suivie de façon homogène. Neuf pays (le Belize, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, la République Dominicaine, Haïti, Mexico, le Panama et le Venezuela) sont États-parties de cette convention, qui est la plus importante en matière de coopération et d'adoption internationale de mineurs³⁷⁸. Il faut préciser, en tout cas, que cette convention est d'application exclusive entre les États parties et ne possède pas de législation sur la désignation de la loi ou des lois applicables aux adoptions prononcées sous son empire. De ce fait, le règlement de la loi applicable aux adoptions internationales est un impératif tant pour les États de la Caraïbe qui ne sont pas parties à la convention, que pour ceux qui le sont.

283. L'adoption internationale d'enfants a connu au cours de ces dernières décades une évolution importante d'un point de vue quantitatif ou social et d'un point de vue juridique, ce dernier étant celui qui nous intéresse à présent. En termes purement quantitatifs, il s'avère évident que l'augmentation du nombre d'adoptions internationales d'enfants, à savoir celles qui impliquent un transfert du mineur adopté accompagné de sa nouvelle famille d'un État d'origine vers un État d'accueil. Ce type d'adoptions comprend également celles qui ne comportent pas de déplacement mais qui peuvent tout de même être qualifiées d'internationales car les adoptants ou l'adopté sont, par exemple, de nationalités différentes. L'article 36 englobe les deux types de cas. Il convient de rappeler que même si l'adoption internationale, assortie du transfert de la résidence habituelle de l'enfant adopté d'un pays à un autre, peut

³⁷⁶CONC. : Art. 77 de la loi suisse de DIPr ; art. 3092 (Cc du Québec) ; art. 67-71 du code belge de DIPr ; art. 38 de la loi italienne de DIPr ; art. 57 et 58 de la loi polonaise de DIPr ; art. 47 du code panaméen de DIPr ; art. 34 du projet dominicain ; art. 23 du projet mexicain ; art. 49 du projet bolivien ; art. 32 du projet colombien.

³⁷⁷*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 63** de la présente loi.

³⁷⁸Il convient de signaler que cette convention s'appliquera également à la partie caribéenne des Pays-Bas (Bonaire, Saint-Eustache et Saba) conformément à ce qu'a déclaré le pays suite à la restructuration du Royaume des Pays-Bas (*vid.* le rapport relatif à l'héritage néerlandais). Cela vaut également pour les départements et territoires auxquels s'appliquent le droit et les obligations internationales de la France (*vid.* le rapport relatif à l'héritage français).

être prononcée soit dans le pays d'origine, soit dans celui d'accueil, il s'avère commun que les autorités du pays d'origine demandent que l'adoption soit prononcée par leurs propres services avant que le transfert de l'enfant ne soit effectué.

284. Le dernier point qui va être abordé est fortement lié à l'approche juridique évoquée dans le paragraphe précédent. L'adoption internationale est devenue une forme d'établissement de la filiation en tant que mesure de protection des mineurs. Dans les cas où il est question d'adoption dite plénière, celle-ci met sur un même pied d'égalité les enfants adoptifs et les enfants biologiques ce qui constitue un degré maximum de protection. Ce point (le passage d'une conceptualisation proche de la filiation, ou identifiée comme telle, vers une conception visant l'intérêt supérieur de l'enfant) influence de manière décisive l'approche qui doit être faite en droit international privé à partir de la désignation de la loi applicable. Si cette question est traitée sous le seul angle de la filiation, il s'avère plus adapté de recourir à la loi personnelle, généralement celle de l'enfant – l'adopté – et ce, indépendamment du fait que cette loi est ou non étrangère. La loi nationale ou la loi de la résidence habituelle/domicile sont des lois appropriées. De ce fait, pour régir la filiation, la présente loi opte pour la loi du domicile de l'enfant. Si cette question est, au contraire, traitée sous l'angle de la protection des mineurs, l'approche change. Le rôle de la compétence judiciaire internationale augmente et celui de la loi applicable est lié à celle-ci. C'est la solution retenue par la présente loi. Elle prévoit une large compétence judiciaire internationale des autorités de la Caraïbe pour prononcer l'adoption (quand l'adopté ou l'adoptant est caribéen ou réside habituellement dans la Caraïbe) et dispose que sa propre loi s'appliquera, dans une optique judiciarisée et interventionniste de l'adoption.

Cette combinaison entre compétence judiciaire internationale élargie et application de la loi de la Caraïbe est claire, prévisible et respectueuse de la protection de l'enfant. Toutefois, elle peut conduire à des situations éventuellement boiteuses et insatisfaisantes du point de vue de la force internationale donnée à l'adoption prononcée par une autorité de la Caraïbe. Effectivement, l'adoption prononcée en faveur d'un mineur qui ne réside pas dans la Caraïbe, même si cette hypothèse se présente très rarement dans la pratique, est théoriquement visée par les solutions de la présente loi : il suffit que l'adoptant ou l'adopté possède la nationalité de la Caraïbe ou que l'adoptant ait sa résidence habituelle dans la Caraïbe, quelle que soit sa nationalité. Ce type d'adoption peut se trouver plus ou moins lié à la Caraïbe : par exemple, il n'en sera pas de même si le mineur non résident est un national de l'État où l'adoption est demandée ou, au contraire, s'il ne l'est pas. Dans tous les cas, et selon la plus ou moins grande proximité de l'adoption avec la Caraïbe, ces adoptions risquent de ne pas être reconnues au-delà du pays où elles ont été prononcées. Afin d'éviter ce résultat non désiré, la deuxième disposition de l'article 36 entre en jeu en prévoyant : « Toutefois, doivent être prises en compte les conditions relatives aux consentements et autorisations nécessaires posées par la loi nationale ou de la résidence habituelle de l'adopté ou de l'adoptant. »

Cette deuxième disposition de l'article 36 intervient pour sauvegarder la validité internationale de l'adoption prononcée dans la Caraïbe, en imposant de prendre en compte les consentements et autorisations nécessaires dans les autres pays. Bien que

la rédaction puisse paraître mitigée du fait de l'emploi du syntagme « prendre en compte » au lieu de, par exemple, « obtenir », « exiger », « appliquer » ou tous autres similaires, il n'en demeure pas moins que l'emploi correct constitue une garantie suffisante pour donner à l'adoption toute sa validité dans tous les pays réellement liés à elle. D'un côté, le paragraphe s'articule sous une forme impérative (« doivent prendre en compte ») et non facultative (« pourront prendre en compte »³⁷⁹). D'un autre côté, les conditions qui sont exigées ici sont celles qui doivent être considérées comme étant fondamentales dans tout processus d'adoption, jusqu'à ce que les rares règles impératives de la Convention de La Haye se matérialisent. L'article 4 de cette convention subordonne l'adoption à l'existence de consentements véritablement libres et dûment informés ainsi qu'à l'obtention des autorisations nécessaires pour que l'adoption soit véritablement déclarée et internationalement valable³⁸⁰. En dernier lieu, l'expression « prendre en compte » sous-tend la flexibilité nécessaire mise à disposition des autorités de la Caraïbe, ce qui exige qu'elle soit pondérée et que les décisions soient adoptées de façon casuistique et à la lumière des circonstances de chaque espèce, variable au regard des compétences qui leur sont conférées. Il s'agit d'un mode d'action spécialement adapté à la protection des mineurs et l'intérêt supérieur des droits de l'enfant doit prévaloir sur tous les autres. Une disposition plus formelle (v. gr., « appliquer ») pourrait complexifier énormément l'adoption internationale car elle devrait accumuler de façon impérative, comme une micro mosaïque juridique complexe, les différents consentements et autorisations de toutes les lois concernées.

³⁷⁹Des lois modernes telles que la loi espagnole n° 54/2007 relative à l'adoption internationale prévoit un mécanisme similaire où l'ordre impératif devient une possibilité, le « prendront en compte » se transformant en « pourront exiger ». En outre de ce que cette loi espagnole dispose, il « peut [être] exigé, de plus, les consentements, audiences et autorisations requis par la loi nationale ou par la loi de la résidence habituelle de l'adoptant ou de l'adopté » (art. 20).

³⁸⁰« Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine :

c) se sont assurées

1) que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine,

2) que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit,

3) que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et

4) que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant ; et

d) se sont assurées, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant,

1) que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis,

2) que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération,

3) que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit, et

4) que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte. »

Article 37. *Adoption des majeurs.* L'adoption d'un majeur est soumise à loi de son domicile au moment de sa constitution.

285. L'article 37 établit la loi applicable à l'adoption de personnes majeures avec une philosophie différente qui est plus proche de celle de l'établissement de la filiation que de celle de la filiation adoptive. La loi appliquée sera celle de la résidence habituelle de l'adopté majeur. Les précautions à prendre pour la configuration d'une adoption internationalement valable, prenant en compte les questions de consentement et d'autorisation d'autres lois, ne sont pas considérées comme nécessaires dans le présent cas où aucune des parties impliquées n'a droit à une protection spéciale.

Section III

Protection des incapables et obligations alimentaires

Article 38. *Responsabilité parentale et protection des mineurs.* 1. La responsabilité parentale ou toute institution analogue est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Les mesures de protection de la personne ou des biens du mineur sont déterminées par la loi de la Caraïbe. Toutefois, l'autorité compétente pourra appliquer la loi de la résidence habituelle si elle est plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. Les mesures conservatoires et urgentes concernant la personne ou les biens du mineur incapable seront prises à titre provisoire en application de la loi caribéenne.

4. Les lois désignées aux paragraphes précédents sont mises en œuvre en prenant impérativement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

286. La présente disposition rassemble les solutions relatives à la loi applicable à la responsabilité parentale, et autres institutions analogues, ainsi qu'à la loi applicable aux autres mesures de protection de l'enfant, qu'il s'agisse de mesures présentant un certain degré de permanence, ou de mesures adoptées pour répondre à une situation d'urgence ou provisoire³⁸¹. Le présent article a pour fondement philosophique, l'intérêt supérieur de l'enfant qui permet, d'une manière spécifique, d'écarter

³⁸¹CONC. : Art. 3093 (Cc du Québec) ; art. 34 du code belge de DIPr ; art. 59-62 de la loi polonaise de DIPr ; art. 35 du projet dominicain ; art. 25 à 27 du projet mexicain ; art. 52 et 53 du projet bolivien ; art. 21 du projet uruguayen.

la loi caribéenne, applicable en premier lieu à l'adoption de mesures de protection (paragraphe 1) et, d'une manière générale, d'appliquer l'une quelconque des lois susceptibles d'être applicables (paragraphe 4).

Le passage de la protection de l'enfant d'un point de vue familial à la protection de l'enfant dans la sphère publique fait que, dans des institutions classiques comme l'autorité parentale³⁸² ancrées dans une vision essentiellement familiale - quand elle n'est pas uniquement paternelle - entre parents et enfants, l'on sort de la sphère familiale pour se centrer spécifiquement sur la protection des mineurs. Cela a pour conséquence de considérer différemment la loi applicable. L'approche la plus efficace d'un point de vue de la tutelle des intérêts du mineur, est de s'en remettre à l'application de la loi de l'autorité saisie. Celle-ci s'adapte bien à la reconnaissance d'une relation qui s'établit *ex lege*, comme c'est le cas de l'autorité parentale et des autres institutions analogues et qui sera définie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant. L'ajustement de ces deux règles reflète l'ajustement entre les deux dimensions, privée et publique, relatives à la protection des mineurs. Bien que cela puisse soulever quelques interrogations quant à la délimitation de leur champ respectif d'application, cette solution a été éprouvée dans la codification internationale de droit international privé, tant dans la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs³⁸³ et dans la convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (conclue le 19 octobre 1996), qu'entre les États de l'OHADAC, y inclus la République Dominicaine³⁸⁴.

287. L'article 38.1 se réfère à l'existence de l'autorité parentale ou de toute institution équivalente (responsabilité parentale...), aux relations qui la composent, ainsi qu'à l'attribution, au contenu et à l'extinction de celle-ci, sans qu'aucune autorité n'intervienne. La loi de la résidence habituelle de l'enfant déterminera si l'autorité parentale reviendra à l'un de ses géniteurs ou aux deux, ainsi que les droits et les obligations qui en découleront et dans quelles situations l'autorité parentale prendra fin sans décision d'une autorité (*v.gr.*, du fait que l'enfant atteint l'âge de la majorité, du fait qu'il contracte mariage, du fait qu'il est émancipé, etc.). Il convient de préci-

³⁸²Le Cc de Colombie, par exemple, en donne une définition générique qui pourrait être homologable internationalement. L'art. 28 du Cc dispose que « L'autorité parentale est l'ensemble des droits que la loi reconnaît aux parents sur leurs enfants non-émancipés afin de leur faciliter l'exécution des devoirs qui leur incombent en qualité de parents. Il appartient aux parents, conjointement, d'exercer l'autorité parentale sur leurs enfants légitimes. En l'absence de l'un des parents, c'est l'autre qui exercera cette autorité. Les enfants non-émancipés sont des enfants dits de la famille, et leur père ou mère sont père ou mère dits de la famille. »

³⁸³Les art. 2 et 3 de cette convention reflètent cette même collaboration entre la loi du for pour l'adoption de mesures de protection et une loi personnelle (dans le cas présent, la loi de la nationalité) pour la détermination de l'autorité parentale.

³⁸⁴La République Dominicaine l'a directement inclus dans son projet de loi de DIPr, dont l'art. 35 invite à se référer à la convention susmentionnée. C'est également le cas dans les départements et collectivités françaises d'outre-mer (*vid.* les systèmes d'héritage français) ainsi qu'à Curaçao et Bonaire, Saint-Eustache et Saba (*vid.* les systèmes d'héritage néerlandais).

ser que même si l'article reste silencieux sur le changement de la résidence habituelle, celui-ci ne devrait pas, en soi, remettre en cause l'autorité parentale reconnue en application de la loi de la résidence habituelle qui précédait le changement. Ainsi, celui qui se verra attribuer l'autorité parentale, conformément à la loi de la résidence habituelle de l'enfant, la conservera au regard de la loi de la nouvelle résidence habituelle, même si cette dernière ne la lui aurait pas attribuée. Cela découle du principe de stabilité et de conservation de l'état civil qui s'avère spécifiquement important dans les relations entre parents et enfants mineurs. De la sorte, si la loi de la résidence habituelle de l'enfant prévoit que le père et la mère possèdent l'autorité parentale, indépendamment du fait qu'ils soient ou non mariés, alors que la loi de la nouvelle résidence habituelle l'attribue seulement à la mère, dans ce cas, il en résulte que le père conservera tout de même l'autorité parentale qui lui avait été reconnue par la loi précédemment applicable.

Par contre, la nouvelle loi pourra attribuer l'autorité parentale à celui à qui la précédente loi applicable ne l'avait pas reconnue, à condition que cela soit compatible avec l'autorité parentale déjà reconnue. De la sorte, en inversant l'exemple précédent, si la loi de la (précédente) résidence habituelle attribue l'autorité parentale spécifiquement à la mère, mais que la loi de la nouvelle résidence l'attribue aux père et mère, cette dernière sera également efficace. Cette règle de la conservation de l'autorité parentale acquise, jointe à une éventuelle nouvelle attribution au profit d'une autre personne, présente des limites inhérentes à l'exercice même de l'autorité parentale dans les cas d'attribution multiple. Par exemple, l'autorité parentale est attribuée par la loi de la résidence habituelle à la fois au père et à la mère non mariés et la nouvelle loi de la résidence habituelle de l'enfant l'attribue au mari de la mère (qui n'est, bien sûr, pas le père). Dans ce cas, trois personnes se voient reconnaître en même temps l'autorité parentale, ce qui peut s'avérer problématique et nécessiter que des mesures d'adaptation ou d'ajustement soient adoptées entre les deux lois. En tout cas, si le conflit d'intérêt s'avérait être important, cette situation serait régie très probablement par le paragraphe 2 du présent article, en vertu duquel l'autorité compétente de la Caraïbe appliquera sa propre loi pour retenir la solution la plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Évidemment, ces deux exemples ne tiennent pas compte de l'exception d'ordre public si, par exemple, l'attribution de l'autorité parentale à l'un des deux géniteurs s'avérait contraire au principe d'égalité entre eux, face à la loi qui opte pour l'intérêt supérieur de l'enfant, ou si tout simplement la reconnaissance de l'autorité parentale à trois personnes ou plus, est contraire à l'ordre public.

288. Alors que l'attribution de l'autorité parentale est déterminée par la loi de la résidence habituelle « actuelle » de l'enfant et persiste face au changement de résidence habituelle, il en résulte que son contenu, l'exercice des droits et des prérogatives ainsi que des obligations y afférents, seront régis dans tous les cas par la loi de la nouvelle résidence habituelle. De ce fait, même si l'autorité parentale est reconnue en application de la loi de la résidence habituelle précédente de l'enfant, les titulaires de l'autorité n'auront pas à solliciter l'autorisation du juge pour effectuer certains actes en lien avec l'enfant, sauf si la loi nouvelle loi (actuelle) de résidence habituelle en dispose ainsi.

Dans les cas d'adoption de mesures de protection par une autorité publique, la loi de la résidence habituelle de l'enfant s'effacera au profit de la loi du for, à savoir la loi de l'autorité saisie. Prévoir une loi spécifique dans un for spécifique est inhérent à l'activité des autorités en matière de protection des mineurs car, à côté des règles juridiques, l'idée même de l'intérêt supérieur de l'enfant joue un rôle capital. Toutefois, la présente loi ne considère pas que cette règle doive s'appliquer au sens strict. La considération même de l'intérêt de l'enfant/mineur peut conduire l'autorité à décider, pour des circonstances propres à l'espèce, d'appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant, alors que celle-ci ne coïncide pas avec la *lex fori*. Cette clause d'exception basée sur des critères substantiels peut s'appliquer à tous les cas d'attribution de la garde, de l'établissement des droits de visite ou même de la suppression de l'autorité parentale à l'un ou aux deux titulaires.

Dans le cas de l'adoption de mesures provisoires de protection et d'urgence quant à la personne du mineur incapable ou de ses biens, la règle *lex fori in foro proprio* n'admet aucune exception : la loi du for sera applicable dans tous les cas.

289. L'article 38 s'achève par une disposition essentiellement didactique quant à la nécessité de prendre en compte, dans tous les cas, l'intérêt supérieur du mineur, tel que l'article 3 de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 le mentionne.

Il convient de rappeler que la loi désignée comme applicable, au regard du présent article, doit prendre en compte spécifiquement les dispositions des autres lois susceptibles d'intervenir fréquemment en matière d'adoption de mesures relatives aux enfants comme, déjà vu, à savoir la loi gouvernant les crises matrimoniales quelle qu'elle soit³⁸⁵. Les mesures en matière de protection de la personne et des biens de l'enfant mineur seront adoptées conformément à la loi de la Caraïbe, sauf s'il existe une raison particulière d'appliquer la loi de la résidence habituelle. Par contre, les autres règles prévues par la présente loi seront considérées comme des règles spéciales, ce sera le cas de la loi qui régit la loi applicable aux obligations alimentaires (**article 40**) ou la loi applicable au nom du mineur (**article 25**).

290. À signaler également que cette disposition ne rend absolument pas inopérant le champ d'application des instruments importants de coopération dans ce domaine, comme par exemple, la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980 qui s'applique à une douzaine de pays de l'OHADAC³⁸⁶. Cette convention, qui est capitale pour la lutte contre le déplacement illicite à travers les frontières, présente un contenu essentiellement coopératif qui ne préjuge ni de la compétence judiciaire internationale, ni de la loi applicable, et ces points relèvent du droit international privé. En outre, il faut souligner que les solutions retenues par la présente loi s'adaptent spécifiquement à celles prévues par la Convention. Par exemple, la Convention laisse à la loi de la résidence qui précède

³⁸⁵*Vid. supra*, les commentaires des **art. 32 et 33**.

³⁸⁶Costa Rica, le Mexique, le Panama, le Venezuela, les Bahamas, le Belize, la Colombie, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, Saint-Christophe-et-Niévès et Trinité-et-Tobago.

immédiatement le déplacement, le soin de déterminer s'il existe un droit de garde sur l'enfant mineur reconnu spécifiquement ou conjointement aux deux géniteurs ou à une autorité compétente.

Article 39. Protection des incapables majeurs. 1. Les conditions et les effets des mesures de protection des incapables majeurs sont régis par la loi de la résidence habituelle de l'incapable.

2. Les mesures conservatoires et urgentes concernant la personne ou les biens du majeur incapable seront prises à titre provisoire en application de la loi caribéenne.

291. La protection internationale des incapables majeurs représente l'un des défis les plus importants de la société contemporaine³⁸⁷. Le prolongement progressif de l'espérance de vie fait augmenter une tranche de population dénommée par euphémisme « troisième âge » et un nouveau groupe appelé « vieillesse avancée » avec des besoins spécifiques et présentant une vulnérabilité particulière : des majeurs avec des maladies neurologiques – Alzheimer, démence sénile – ne pouvant gérer ni leur personne ni leurs biens, généralisation des centres d'accueil de personnes âgées en internat, des majeurs qui anticipent cette situation en prenant la décision d'être adoptés s'ils venaient à perdre leur capacité, etc. L'article 39 prévoit que la loi applicable à la protection des incapables majeurs règlera toutes ces situations et également toute autre par laquelle l'adulte majeur n'est pas en capacité de gérer par lui-même sa personne ou ses biens, qui nécessite quelques mesures supplémentaires³⁸⁸.

Le champ d'application de cette disposition est particulièrement large, car il recouvre une pluralité potentielle de situations et de mesures de nature très différente. Ce champ débute par la détermination même de l'incapacité de la personne majeure ou de son handicap spécifique, puis il couvre l'instauration d'un régime ou d'une institution de protection, de soumission de l'adulte incapable à la protection d'une autorité publique transitoire ou permanente, la mise en place de la tutelle, de la curatelle, le prolongement de l'autorité parentale ou d'institutions équivalentes, la détermination des obligations incombant à toute personne physique ou morale chargée de la protection de la personne ou des biens de l'incapable majeur (dresser un inventaire, rendre des comptes, etc.), le placement de l'incapable dans une institution publique ou privée ou tout autre établissement où ses intérêts pourront être suffisamment protégés, le régime de l'administration des biens de l'incapable, l'autorisation ou les autorisations spécifiques pour l'adoption de mesures précises dans le cadre d'une institution à caractère plus permanent (autorisation du juge pour la vente d'un

³⁸⁷*Vid.* A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.

³⁸⁸CONC. : Art. 3085 (Cc du Québec) ; art.43 de la loi italienne de DIPr.

immeuble, pour le changement d'établissement d'accueil de l'adulte incapable, le déplacement vers un autre État, etc.).

292. Dans ce domaine, l'existence, la durée, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte (soit au travers d'un accord ou par un acte unilatéral) recouvre une importance particulière, dès lors que cet adulte n'est plus en capacité de prendre soin de sa personne ou de ses biens. Les mandats de protection future ou les mandats à effets posthumes demeurent sous l'égide de l'article 39³⁸⁹. Il en est de même des « testaments de vie »³⁹⁰ par lesquels la personne majeure exprime sa volonté de maintien ou de suppression de prise de médicaments ou de soins palliatifs, dans le cas où une grave maladie l'empêcherait de prendre toutes décisions pour sa santé. Ces mandats devront eux aussi être soumis, quant à leur aspect contractuel, à la loi qui leur sera applicable au regard des dispositions de la présente loi³⁹¹.

293. Au contraire, sont exclus du champ d'application des présentes dispositions, tous les points qui sont régis par leur propre loi applicable et qui pourraient entrer en conflit avec la protection de l'incapable majeur. C'est le cas des obligations alimentaires³⁹², de la célébration du mariage, de sa nullité, de la séparation ou de la dissolution des liens du mariage ou d'une union non matrimoniale ; des mesures de représentation susceptibles d'être prévues par les régimes matrimoniaux et les autres institutions analogues ; des *trusts* et de la succession à cause de mort (bien que dans ce cas, par exemple la désignation d'un tuteur effectuée sous forme de disposition à cause de mort pourrait parfaitement entrer dans le champ d'application) ; des prestations de l'incapable majeur relevant des services de la sécurité sociale et ceux analogues et les prestations versées à titre général dans le domaine de la santé publique ; des mesures de surveillance et/ou d'internement suite à la commission d'une infraction pénale par le majeur incapable ou de toute autre mesure destinée à la préservation de l'ordre public et pouvant entraîner une mesure restreignant la liberté de l'adulte incapable de disposer librement de sa personne ou de ses biens.

294. La solution retenue par l'article 39 face à la multiplicité de situations liées à la protection de l'incapable majeur est la loi de sa résidence habituelle. À la différence des dispositions relatives à la protection des mineurs – qui prescrivent que la loi applicable sera prioritairement celle de l'autorité de la Caraïbe saisie et que la loi de la résidence habituelle ne régit que certaines situations et pour des raisons pratiques (*v.gr.*, la responsabilité parentale) –, la protection des adultes se fera par application de la loi de la résidence habituelle qui est plus stable et prévisible que la *lex*

³⁸⁹*Vid.*, du point de vue strict du droit international, M. Revillard, "La convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude", *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 725 et *seq.*

³⁹⁰*Vid.* D. Rodríguez-Arias Vailhen, *Una muerte razonable : testamento vital y eutanasia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, D. L. 2005.

³⁹¹*Vid. infra*, les commentaires des **art. 45 et 46** de la présente loi.

³⁹²*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 40** de la présente loi.

fori (quand elles ne coïncideront pas) et s'adapte mieux au fait que c'est l'adulte lui-même qui prend les mesures quant à sa situation future d'incapacité.

À l'instar de la solution adoptée pour la protection des mineurs, le changement de résidence habituelle détermine également le changement de loi applicable. La nouvelle loi déterminera tant les mesures de protection à adopter que les modalités d'exécution des mesures adoptées en vertu de la précédente résidence habituelle. De ce fait, bien que la loi de la précédente résidence habituelle régisse les mesures de protection et si, en vertu de celle-ci, une mesure spécifique a été adoptée (*v.gr.*, le placement sous tutelle de l'incapable majeur), ce sera la loi de la nouvelle résidence habituelle qui déterminera les conditions d'exercice de cette mesure tout en tentant de parvenir à une adaptation entre les dispositions de la première loi et celles de la deuxième. Par exemple, si la tutelle mise en place sous l'empire de la première loi de la résidence habituelle ne prévoyait pas de dresser un inventaire, et que la deuxième loi le prévoit, alors cet inventaire devra être établi, au moins au moment où devra être pris un acte d'administration portant sur le patrimoine de l'incapable majeur. Si une autorisation judiciaire est requise pour interner l'incapable majeur en vertu de la première loi et que ce n'est pas le cas au regard de la deuxième, alors il pourra être procédé à l'internement sans autorisation. Il s'agit d'une solution classique permettant de régler le conflit mobile, qui comprend l'application successive de deux lois différentes, et qui part de la reconnaissance des actes légitimement consolidés conformément à la loi précédente.

295. L'application de la loi de la résidence habituelle du majeur incapable n'empêche par l'application de la loi de la Caraïbe, pour tout ce qui concerne les mesures provisoires ou urgentes à adopter pour la protection de la personne ou des biens de l'incapable, ni pour les mesures prévues par la loi de la Caraïbe et qui sont d'application impérative, quelle que soit la loi applicable quant au fond de la protection³⁹³. À noter l'importance des dispositions de l'**article 69.2** de la présente loi selon lesquelles les autorités de la Caraïbe pourront donner effet à des règles impératives d'un autre État avec lequel la relation juridique présentera des liens étroits. La codification internationale de DIPr comprend des exemples proches à ceux que nous avançons³⁹⁴. Toutefois, cette éventualité est prévue de façon plus stricte dans la loi de la Caraïbe, car elle se réfère exclusivement aux règles impératives telles que décrites dans l'**article 69** de la présente loi.

Article 40. Obligations alimentaires. Les obligations alimentaires sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier. Dès le changement

³⁹³*Vid. infra*, le commentaire de l'**art. 69** de la présente loi.

³⁹⁴L'art. 13 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des majeurs établit la règle générale (qui dans la Convention est l'application de la loi du for) suivante : « dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'adulte le requiert, elles [les autorités compétentes] peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. »

de résidence habituelle, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique.

2. Toutefois, la loi caribéenne s'applique si, d'après la loi désignée au paragraphe 1, le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur.

3. La loi applicable à l'annulation du mariage, au divorce ou à la séparation de corps régit le droit aux aliments entre conjoints ou ex-conjoints issu de ces situations.

4. La mise en œuvre des lois désignées aux paragraphes précédents prendra en considération les ressources du débiteur et les besoins du créancier.

296. Comme cela a été mis en évidence de façon réitérée, tout au long de l'analyse des solutions spécifiques à la loi applicable au regard de la personne et des relations de famille³⁹⁵, la loi applicable aux obligations alimentaires est conçue comme une loi spéciale, quant aux relations et aux institutions dans lesquelles elle peut trouver son fondement³⁹⁶. Cette situation s'explique tant pour des raisons historiques, que pour les circonstances spécifiques qui entourent l'obtention d'aliments de la part de parents ou de personnes proches. En principe, la situation de nécessité, qui justifie l'obligation alimentaire mérite une attention particulière quant à la détermination de la loi applicable qui fixe cette exigence substantielle. Il faut prêter une attention particulière à la règle de conflit qui ne se limite pas à identifier une loi à appliquer, mais, dans la mesure du possible, à identifier la loi applicable accordant des aliments au créancier qui les réclame, plutôt que celle qui ne le prévoirait pas dans la même situation.

Du point de vue historique, ce choix substantiel ou matériel de la loi applicable opéré par l'article 40 est déjà présent dans la codification internationale de droit international privé depuis 1956, au travers de la première des cinq conventions internationales qui ont été établies dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. Déjà la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 24 octobre 1956, a introduit une solution dont la structure est très proche de l'article 40. En effet, elle fait dépendre l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier alimentaire au fait que le créancier puisse obtenir les aliments en vertu de celle-ci. Si la loi de la résidence habituelle lui refuse tout droit aux aliments, elle cessera d'être applicable au profit de la loi qui sera désignée par les règles nationales de conflit de l'autorité saisie. La détermination de la loi

³⁹⁵*Vid. supra*, l'**art. 31** (rapports patrimoniaux dans le mariage), l'**art. 32** (nullité du mariage), l'**art. 33** (divorce et séparation de corps), l'**art. 34** (unions non conjugales), l'**art. 38** (responsabilité parentale et protection des mineurs) et l'**art. 39** (protection des majeurs incapables).

³⁹⁶CONC. : Art. 46 du code panaméen de DIPr ; art. 49 de la loi suisse de DIPr ; art. 3094-3096 (Cc du Québec) ; art. 74 à 76 du code belge de DIPr ; art. 45 de la loi italienne de DIPr ; art. 63 de la loi polonaise de DIPr ; art. 37 du projet dominicain ; art. 28 à 31 du projet mexicain ; art. 50 du projet bolivien ; art. 29 du projet uruguayen ; art. 35 du projet colombien ; protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

applicable s'effectue donc en deux étapes, la deuxième n'étant activée que si la première ne permet pas d'obtenir d'aliments.

Cette recherche de la loi applicable à l'obligation alimentaire, tournée et conditionnée par l'obtention des aliments – par rapport à sa non-obtention – a connu une deuxième manifestation dans la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Cette convention introduit une nouvelle étape dans le choix de la loi applicable en retenant la loi de la résidence habituelle du créancier alimentaire comme première étape, puis la loi nationale commune du créancier et du débiteur – le cas échéant – comme deuxième étape, et enfin la loi substantielle du for dans le cas où les deux étapes précédentes ne permettraient pas d'obtenir les aliments demandés.

Enfin, le Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires conclu à La Haye, le 23 novembre 2007, a réaffirmé la nécessité d'identifier la loi applicable en recherchant la loi la plus favorable au créancier alimentaire, tout en procédant à une distinction entre les différents types de créanciers.

297. L'article 40 reprend ces dispositions matérielles d'une façon simple en fixant les deux lois éventuellement applicables : celle de la résidence habituelle du créancier ou celle du for caribéen dès lors que la première loi applicable ne permet pas au créancier d'obtenir des aliments. La loi de la résidence habituelle du créancier alimentaire n'est pas seulement sa loi personnelle en vertu de la présente loi mais la loi qui s'adapte le mieux à la situation de nécessité réelle. En effet, la réglementation en matière d'obligations alimentaires sera ajustée, entre autres, à la structure de la famille et à la réalité socio-économique du lieu où, précisément, apparaît la nécessité, à savoir la résidence habituelle du créancier. Pour ce qui concerne le recours à la loi du for, si la résidence habituelle ne permet pas au créancier d'obtenir des aliments, il convient de préciser que la loi du for n'intervient pas comme la « loi la plus favorable » à tout prix. Le choix matériel de la double loi de la résidence du créancier/loi du for n'est activé que si la première ne permet pas d'obtenir des aliments mais n'entraîne pas l'application de la « loi la plus favorable » au créancier. Autrement dit, bien que la loi du for caribéen soit plus favorable au créancier alimentaire, il suffit que la loi de sa résidence habituelle lui reconnaisse le droit à des aliments pour que ce soit celle-ci qui soit applicable. Par ailleurs, il faut considérer que la dernière disposition de l'article 40 introduit une solution matérielle et susceptible de corriger l'application de la loi (quelle qu'elle soit) qui régira l'obligation alimentaire. Dans tous les cas, seront prises en compte les ressources du débiteur et les besoins du créancier, même si ce n'est pas prévu par la loi applicable. Cela relativise grandement l'idée de la « loi la plus favorable » au créancier.

Le conflit mobile éventuel qui découlerait du changement de résidence habituelle se solutionne par l'application de la loi de la nouvelle résidence habituelle dès son changement. Il s'agit aussi d'une solution traditionnelle qui trouve son fondement dans la pertinence de la loi de la résidence habituelle pour faire face aux besoins des personnes résidentes. Dans ce cas, les solutions proposées en vertu de la loi de la résidence habituelle précédente n'ont pas lieu d'être retenues. Par exemple, le débiteur qui est tenu à une obligation alimentaire au regard de la loi précédente peut cesser de l'être du fait des dispositions de la loi nouvelle (et vice versa). En tout cas,

si une perte totale des aliments se produit, le changement de résidence habituelle permettra également de recourir à la loi du for caribéen.

298. Cet article contient une règle spéciale pour les cas d'aliments dus suite à des différends conjugaux. Dans ces cas, comme les devoirs issus du mariage se relâchent, l'obligation alimentaire peut également prendre une forme différente. Les obligations entre les personnes, généralement adultes, entre lesquelles il n'existe déjà plus de relation de famille (dans les cas de nullité ou de divorce) ou si celle-ci a perdu de son intensité (dans les cas de séparation des époux) seront régies par la loi qui s'applique à ces situations, ce qui entrainera de ce fait une unité de la loi applicable. Le juge ou l'autorité qui prononcera la nullité, la séparation ou le divorce appliquera la même loi aux éventuels effets alimentaires. Il n'y a pas dans ce cas de choix matériel. Le conjoint ou l'ex-conjoint prétendument créancier aura ou non droit à des aliments au regard des dispositions des lois, sans pouvoir invoquer le cas échéant, la loi du for caribéen, dans le cas où il lui serait refusé le droit à des aliments. Ce paragraphe ne prend pas en compte les situations de séparation de fait des conjoints et, bien que cela s'avère évident, il ne s'applique qu'aux relations entre eux. Le conjoint divorcé pourra demeurer créancier, par exemple, de ses parents ou même de ses enfants. Les aliments dus aux enfants demeureront régis par les paragraphes 1 et 2 de cet article³⁹⁷.

299. Les deux champs couverts par la règle sont ceux qui constituent traditionnellement la notion d'aliments entre les parents : tout ce qui est nécessaire pour assurer au créancier l'entretien, le logement, les vêtements, l'éducation, les soins médicaux, les médicaments et les conditions de vie adaptées à son âge et à sa santé, etc. La loi applicable indiquera en particulier dans quelle mesure et à qui le créancier peut demander des aliments ; qui est admis à intenter l'action alimentaire à savoir qui a la qualité de débiteur ; la mesure dans laquelle le créancier peut demander des aliments, et ceux qui sont indispensables à l'entretien, au logement ou à l'alimentation conformément à un certain niveau de vie ; si les aliments peuvent être demandés rétroactivement pour des périodes passées ; la base de calcul du montant des aliments tout en tenant compte des dispositions du dernier paragraphe de l'article 40 de la présente loi ; les délais pour engager l'action alimentaire et leur nature ; les situations permettant de demander une révision de la créance, tant pour le créancier que pour le débiteur ; la subrogation du payeur concernant le débiteur dans le cas où les aliments seraient payés par un tiers, y compris si celui-ci est un organisme public.

Sont exclues du champ d'application de la règle, les relations juridiques sur lesquelles l'obligation alimentaire est potentiellement fondée. La détermination, par exemple, du lien familial duquel peut découler une obligation alimentaire n'est pas régi par l'article 40, mais relève de la règle de conflit *ad hoc* : l'**article 29** quant à la validité du mariage, l'**article 34** quant à l'existence d'une relation de vie commune analogue au mariage, l'**article 35** quant à la filiation, etc. Bien que l'« extension » matérielle opérée en faveur du créancier alimentaire, et telle qu'elle ressort des paragraphes un et deux de l'article 40, pourrait être envisagée, elle n'est pas toujours

³⁹⁷Vid. sur cette option de loi applicable S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y obligaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996.

intéressante. Par exemple, donner la préférence à loi de la résidence habituelle ou à celle du for, selon ce que déterminera la relation de filiation sur laquelle se fonde l'obligation alimentaire, créerait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait. En effet, cela pourrait conduire à ce qu'une relation de famille soit existante ou non, selon si elle est ou non liée à une demande d'aliments. La relation de famille doit exister ou non et être la même, quel que soit l'effet qui en découle et quelle que soit la loi applicable à cet effet.

Section IV

Successions et donations

Article 41. Succession à cause de mort. 1 La succession à cause de mort est régie par la loi du domicile du défunt au temps de son décès. Sans préjudice des dispositions des paragraphes suivants, cette loi s'applique à l'ensemble de la succession, sans considération de la nature ni du lieu de situation des biens.

2. Le testateur peut choisir de soumettre la totalité de sa succession à la loi de son domicile ou à la loi de sa nationalité au moment du choix. Le choix devra s'effectuer de manière expresse dans les formes des dispositions à cause de mort ou pourra résulter de manière certaine des termes d'une disposition de ce type.

3. Les testaments établis en conformité de la loi du domicile au jour de leur rédaction conservent leur validité quelle que soit la loi gouvernant la succession. Dans tous les cas, la réserve, la légitime et les droits de nature analogue dont peuvent être bénéficiaires le conjoint ou les enfants du défunt se régleront, le cas échéant, sur la loi que les paragraphes 1 et 2 du présent article déclarent applicable à la succession.

4. Les pactes successoraux concernant une seule succession et conclus en conformité de la loi du domicile du défunt au jour de leur conclusion conservent leur validité même si une autre loi s'avère applicable à la succession. Les pactes successoraux concernant plus d'une succession sont régis par la loi du domicile de l'un de leurs auteurs choisie par tous ; à défaut de choix, par la loi du domicile commun des auteurs au moment de la conclusion du pacte ; à défaut de domicile commun, par la loi nationale commune et, à défaut de celle-ci, par la loi avec laquelle le pacte présente les liens les plus étroits compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Dans tous les cas, la réserve, la légitime et les droits de nature analogue dont peuvent être bénéficiaires le conjoint ou les enfants du défunt se régleront, le cas échéant, sur la loi que les paragraphes 1 et 2 du présent article déclarent applicable à la succession.

5. Le partage de la succession est régi par la loi applicable à la succession à moins que les successibles ne désignent d'un commun accord la loi du lieu d'ouverture de la succession ou celle du lieu de situation de la majeure partie des biens héréditaires.

300. L'article 41 traite de la loi applicable au fond de la succession *mortis causa*. La complexité de cette matière repose depuis toujours sur les grands modèles qui divisent le droit comparé entre celui qui défend une solution unitaire pour toute la succession (modèle moniste ou d'unité) et celui qui défend une solution différente pour la succession mobilière et immobilière (modèle dualiste ou *scissionniste*)³⁹⁸³⁹⁹. La solution unitaire pose une alternative entre la loi nationale du défunt et la loi de son domicile ou de sa résidence habituelle située dans le temps au moment de sa mort. Le modèle dualiste applique habituellement la *lex rei sitae* à la succession immobilière et une loi personnelle, normalement la loi du dernier domicile du défunt, à la succession mobilière (v. gr., France, Belgique ou Royaume-Uni). Cette deuxième option repose sur l'acceptation éventuelle de plusieurs masses héréditaires soumises à divers systèmes. Elle résulte, en définitive, du fractionnement d'une succession unique. Il faut préciser, en outre, qu'aucun des deux grands systèmes ou modèles n'opte pour un choix matériel ou substantiel dans la sélection de la loi. Les règles de conflit, sur lesquelles ils se fondent, sont neutres. La loi du lieu de situation de l'immeuble détermine le régime successoral de celui-ci, quel qu'il soit, et il en est de même de la loi du dernier domicile du défunt ou de la loi nationale du défunt au moment du décès. Autrement dit, la matérialisation de la règle de conflit n'est pas une nécessité en matière d'identification de la loi qui régit la succession internationale. La détermination de la loi applicable à la succession à cause de mort n'est pas animée par la recherche de la loi qui concèdera plus de droit au conjoint survivant ou aux enfants ou qui concèdera plus de liberté aux dispositions du défunt ou qui la restreindra fortement au profit des héritiers réservataires, etc. Toutes ces questions substantielles ou matérielles, ou toutes autres de nature identique ont été écartées de la règle de conflit qui désigne la loi applicable à la succession.

301. Ce panorama est reflété dans l'article 41 qui, d'un côté, opte pour un modèle d'unité dans la réglementation de la succession *mortis causa* et, d'un autre, assure la continuité en n'optant pas pour une orientation matérielle ou substantielle dans la désignation de la loi applicable. En outre, par la solution moniste ou unitaire, la présente loi opte pour le critère déterminant du rattachement lié au dernier domicile du

³⁹⁸CONC. : Art. 57 du code panaméen de DIPr ; art. 90 *et seq.* de la loi suisse de DIPr ; art. 3098-3101 (Cc du Québec) ; art. 78 *et seq.* du code belge de DIPr ; art. 46 de la loi italienne de DIPr ; art. 28 et 29 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 64 de la loi polonaise de DIPr ; art. 38 du projet dominicain ; art. 76 à 81 du projet mexicain ; art. 83 du projet bolivien ; art. 30 du projet uruguayen ; art. 40 du projet colombien.

³⁹⁹*Vid.* J. Héron, *Le morcellement des successions internationales*, Paris, Economica, 1999 ; F. Boulanger, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004.

défunt. Il s'agit de disposition moderne et complète qui n'a pas son pareil en droit comparé de la Caraïbe.

Le choix d'une unique loi pour régir toute la succession, comme le prévoit l'article 41.1, règle deuxième, présente certains avantages quant au choix d'un modèle de fractionnement. L'avantage le plus évident est la possibilité laissée au défunt de planifier facilement sa succession sous l'égide d'une loi unique, sans avoir à réaliser de décompte, un travail parfois très complexe, ni d'adaptation à toutes les lois en présence (nous pensons notamment au propriétaire de biens immeubles répartis dans divers pays), ce qui, en soi, suppose de prendre en compte les différentes limites posées à sa liberté de tester, aux diverses causes d'exhérédation, etc. Le choix pour un modèle unitaire est, également, celui qui figure ces derniers temps dans la codification internationale de DIPr et correspond à la solution retenue en Europe⁴⁰⁰. Le travail mené par la Conférence de La Haye est tout particulièrement significatif car, alors que siègent en son sein des délégués de pays de cultures juridiques très différentes qui ont opté, pour nombre d'entre eux, pour un système dualiste ou de scission dans la loi applicable aux successions, il a été rapidement et sans problème convenu d'opter pour une solution unitaire⁴⁰¹.

Pour le modèle moniste ou unitaire – principe d'unité et d'universalité de la succession – la loi idoine est celle du dernier domicile du défunt. C'est également la loi retenue par les deux instruments internationaux les plus complets et modernes relatifs à la matière⁴⁰². Cela s'explique par le fait que le domicile est précisément le centre de vie du défunt et le centre de ses intérêts patrimoniaux, à savoir l'endroit où il détient la majeure partie de son patrimoine, ce qui est encore plus important.

Bien entendu, la réalité n'est pas toujours ainsi, et l'article 41.2 introduit un autre élément de modernisation de la loi applicable aux successions *mortis causa* : celle qui est dénommée *professio iuris* qui consiste en la possibilité pour le défunt de choisir la loi applicable à l'ensemble de sa succession⁴⁰³. Cette possibilité de choix s'explique, en premier lieu, par l'importance prise par l'autonomie de la volonté en matière successorale. L'idée que la volonté du défunt, manifestée par testament ou pacte successorale, est la loi de la succession reste largement répandue tant dans les systèmes de *civil law* que les systèmes de *common law*. La règle ne fait que projeter l'importance de l'autonomie de la volonté au-delà de la simple autonomie autorégulatrice et l'amène à être une véritable « autonomie conflictuelle », comme cela est

⁴⁰⁰C'est l'option choisie aussi bien par la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort que par le 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.

⁴⁰¹*Vid.* les débats significatifs sur cet aspect dans les Actes de la conférence : Conférence de La Haye, *Actes et documents de la Seizième session (1988), Tome II – Successions – loi applicable*, La Haya, Editions SDU, 1991.

⁴⁰²Il s'agit de la convention et du règlement mentionnés précédemment. Il convient cependant de préciser que sur le papier, le lien de rattachement qu'ils retiennent est la résidence habituelle et non pas le domicile.

⁴⁰³*Vid.* de manière monographique et détaillée sur cette possibilité, J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

repris dans la présente loi pour résoudre les questions relatives aux personnes et aux familles⁴⁰⁴. Toutefois, la possibilité de soumettre à une loi déterminée sa succession ne peut pas être totalement libre. Les lois susceptibles d'être retenues doivent présenter un lien suffisant avec le défunt, ce qui est le cas de la loi du domicile ou de celle de la nationalité au moment du choix. La délimitation des lois applicables offre au défunt un éventail de choix suffisamment attractif lui permettant d'organiser sa succession de manière cohérente en vertu d'une loi qui est proche de lui et, surtout, prévisible. Cela élimine toute incertitude relative à son domicile au moment du décès et assure l'efficacité de sa volonté (dans les limites permises par la loi choisie et ses modifications ultérieures) au-delà de sa mort. Si le défunt possède plusieurs nationalités, il pourra soumettre sa succession à l'une quelconque des lois des nationalités qu'il détenait au moment de son choix. En outre et dans le même esprit de l'autonomie conflictuelle unilatérale, le présent article dispose que la *professio iuris* au profit d'une loi pourra être révoquée à tout moment (la loi successorale sera, bien sûr, celle de son dernier domicile) ou changée par une autre. Par exemple, le défunt peut soumettre sa succession à la loi de son domicile actuel et, postérieurement, décider de la soumettre à la loi de sa nationalité.

La *professio iuris* peut être soit expresse, soit tacite, ce qui constitue un élément important de l'institution. Évidemment le choix exprès doit être conseillé afin d'éliminer tout conflit quant à la loi applicable. Toutefois, il ne faut pas méconnaître qu'à de nombreuses occasions, le défunt a la claire intention de soumettre sa succession à une loi déterminée, dont les institutions typiques, et même les dispositions concrètes, sont citées voire reproduites dans son testament. Si ces dispositions se rattachent sans aucun doute à l'une des lois éventuellement éligibles, il faudra considérer qu'il y a eu choix de la loi successorale. Un choix qui, en tout cas, doit tant dans sa première version que dans les suivantes (en cas de révocation ou de modification) revêtir la forme de disposition *mortis causa*⁴⁰⁵.

302. Le troisième paragraphe de l'article 41 introduit une règle spéciale pour les cas d'anticipation successorale au travers d'un testament. Il répond à la situation, qui n'a pas lieu d'être fréquente, selon laquelle le testament établi sous le régime de la loi du domicile « actuel » se trouve finalement ne pas être le dernier domicile du défunt dont la loi sera celle de la succession. Ce conflit mobile peut déboucher sur l'inefficacité totale des testaments qui ne prendraient pas en compte la loi de la succession, simplement parce que le testateur la méconnaissait. L'article 41.3 tente de préserver, dans la mesure du possible, la planification successorale effectuée en vertu de la loi du domicile en en conservant la validité dans les limites de la réserve héréditaire ou des autres droits de nature analogues pouvant revenir aux conjoint et enfants. Ces droits seront définis par la loi qui régit la succession, la loi du domicile du défunt au moment du décès ou la loi choisie en vertu de l'article 41.2. Bien entendu, dans ce second cas, il est logique que le testament soit établi conformément à la loi choisie et le problème, que tente de régler le paragraphe en question, ne se pose

⁴⁰⁴*Vid. supra*, l'**art. 25** relatif au nom des personnes physiques ; l'**art. 31**, relatif aux rapports matrimoniaux entre les époux ; et l'**art. 33** relatif à la séparation et au divorce.

⁴⁰⁵*Vid. infra* le commentaire de l'**art. 42** de la présente loi.

même pas. Par conséquent, l'une des grandes vertus que présente la *professio iuris* consiste, précisément, à éviter cet éventuel changement de loi applicable.

Dans tous les cas, dès lors que se produira la situation prévue à l'article 41.3 de la présente loi, le testament établi conformément à une loi présentant un lien étroit, la loi du domicile « actuel » du défunt, conservera toute sa validité mais sera susceptible d'être corrigé par la réserve héréditaire seulement pour ce qui concerne les enfants et le conjoint et non pour les éventuels autres héritiers réservataires plus éloignés. Il s'agit, une fois de plus, d'une contrainte posée à la volonté du défunt qui, finalement, permet d'éviter qu'un changement de loi comme celui prévu par la présente disposition, ne limite trop la liberté du défunt. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le défunt a déjà respecté la réserve héréditaire prévue par la loi de son domicile au moment où il a établi son testament et, de ce fait, il ne semble pas opportun de le soumettre à un « deuxième filtre ».

303. Les pactes successoraux présentent une complexité similaire dans la présente loi tout comme dans les autres législations qui les reconnaissent. Les pactes successoraux, qui ne concernent qu'une seule succession, optent pour une solution similaire à celle prévue pour les testaments. Les pactes conservent leur validité dès lors qu'ils s'ajustent à la loi du domicile du défunt au moment de l'établissement du pacte (*v.gr.*, un pacte entre un parent et un enfant par lequel le second renonce à ses droits héréditaires en échange d'un bénéfice présent). Le cas des pactes qui concernent plusieurs successions (*v.gr.*, un pacte établi entre deux conjoints qui se désignent réciproquement comme héritiers) s'avère plus complexe. Si le pacte successoral doit être régi par une seule loi, il convient de choisir parmi les lois potentielles en présence. De nouveau, la présente loi opte, avant tout, pour laisser les intéressés choisir parmi les différentes lois de leur domicile, au cas où ils n'auraient pas le même domicile commun. À défaut, ce sera précisément la loi du domicile commun qui régira la validité et le régime juridique du pacte (celle-ci étant dans la majorité des cas la loi applicable). À défaut de domicile commun, l'autre loi personnelle entre en ligne de compte à savoir la nationalité commune. Compte tenu de la configuration des pactes successoraux et vu qu'ils sont souvent établis entre des personnes appartenant à la même famille, il n'est pas rare que le pacte soit soumis à la loi de la nationalité (*v.gr.*, les parents et les enfants titulaires de la même nationalité mais domiciliés dans des pays différents). Enfin, si la situation est très éparpillée dans l'espace – et que les parties au pacte n'ont pas pris soin de choisir la loi applicable – ce sera la loi qui présentera le rattachement le plus étroit avec le pacte (et non avec les parties, même si ceux-ci revêtent leur importance) qui s'appliquera.

Il convient de prendre en compte deux aspects importants : en premier lieu, la loi applicable à la validité et au régime juridique du pacte successoral peut être différente de la loi successorale. Et ce sera cette dernière, à l'instar des testaments, qui déterminera la portée des réserves héréditaires du conjoint et des enfants. En second lieu, du fait de cette éventuelle dissociation entre loi applicable au pacte successoral et loi successorale, il faut préciser que l'autonomie de la volonté qui permet aux parties au pacte de choisir la loi du domicile de l'un quelconque d'entre eux ne peut pas être confondue avec la *professio iuris* qui figure à l'article 41.2 de la présente loi. Cette dernière est unilatérale, essentiellement modifiable par la volonté du défunt

et détermine la loi de la succession. L'autre est bilatérale, non modifiable par la seule volonté de l'une des parties au pacte et limitée à la validité du pacte et non pas à celle de la loi successorale. Cela n'empêche pas que, dans une succession bien planifiée, la loi applicable au pacte et la loi successorale puisse coïncider par le biais de la combinaison des possibilités prévues par les paragraphes 2 et 4 de l'article 41.

304. L'article 41 s'achève par une nouvelle règle qui assouplit la solution classique d'application de la loi successorale pour les opérations de partage. Cette solution recourt cette fois non pas à l'autonomie de la volonté du défunt, mais à celle des personnes concernées par la succession : celles qui ont tout type de vocation successorale, au titre ou non d'un testament ou d'un pacte. Celles-ci pourront procéder au partage conformément à la loi successorale (loi du dernier domicile du défunt ou la loi choisie par lui par l'exercice de la *professio iuris*) ou en vertu de la loi qu'elles décideront de choisir entre la loi du lieu d'ouverture de la succession ou celle du lieu de situation de la majeure partie des biens héréditaires.

305. Par ailleurs, il convient de signaler que la loi successorale sera applicable aux causes, moment et lieu de l'ouverture de la succession ; à la détermination des héritiers, légataires ou autres bénéficiaires, à leur quote-part respective et aux obligations que le défunt aura pu leur imposer, ainsi qu'à la désignation de tout autre droit successoral, y inclus les droits successoraux du conjoint ou du partenaire survivant ; à la capacité à succéder ; les causes d'exhérédation et d'indignité successorale ; la transmission aux héritiers et, le cas échéant, aux légataires des biens, droits et obligations faisant partie de la succession, y compris les conditions et les effets de son acceptation ou de sa renonciation ; les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession ; la responsabilité pour les dettes et les charges de la succession ; la quotité disponible, la réserve héréditaire et les autres restrictions à la liberté de disposition *mortis causa*, ainsi que les réclamations que les proches du défunt seront susceptibles d'émettre à l'encontre de la succession ou des héritiers ou bien de tous autres bénéficiaires ; l'obligation de réintégrer, de décompter ou de collationner les donations ou les libéralités consenties durant la vie du défunt ; et le partage de l'héritage en tenant compte des dispositions du dernier paragraphe de l'article.

Article 42. *Forme des dispositions testamentaires.* Les dispositions testamentaires sont valables en la forme si elles répondent aux exigences de la loi du lieu où le testateur a disposé, ou de la loi du domicile du défunt au moment de l'acte ou au moment du décès, ou par la loi nationale du défunt au moment de l'acte ou au moment du décès.

306. La désignation de la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires a toujours été présidée par un objectif : la règle de *favor validitatis* ou la désignation

de la loi la plus favorable à la validité formelle de la disposition⁴⁰⁶. Évidemment la finalité quant à la forme des dispositions testamentaires n'est pas d'ordre privatif. En général, la forme et la solennité des actes juridiques ont été soumises depuis très longtemps à une règle alternative, *in favorem*, au moins entre la lettre qui régit le fond et la loi du lieu de conclusion de l'acte⁴⁰⁷. Cependant, cet objectif atteint à ce jour son point culminant en matière successorale et est contenu de façon officielle dans la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme de dispositions testamentaires, du 5 octobre 1961⁴⁰⁸.

L'article 42 de la présente loi apporte un choix de cinq lois différentes potentiellement applicables susceptibles d'apprécier de façon alternative la validité formelle d'une disposition *mortis causa*. Il suffit que la disposition soit formellement valable pour une des lois en présence pour que la validité soit retenue, indépendamment du fait qu'elle ne le soit pas pour les autres.

307. La règle s'applique tant à la validité de dispositions testamentaires consenties pour la première fois qu'à leur révocation ou modification. Dans ce cas, l'application pure et simple de la règle ne fait que déplacer dans le temps les critères de rattachement qu'elle décrit et dont il faudra tenir compte au moment de la révocation, de la modification, etc. Cependant, eu égard à sa finalité, la règle retenue n'empêche pas de considérer une modification ou une révocation de disposition testamentaire comme formellement valable si elle s'ajuste à la loi en vertu de laquelle la disposition originale était en conformité. Si, par exemple – faisant abstraction des autres lois éventuelles pour notre simple besoin d'explication – un testament était valable quant à la forme en vertu de la loi du lieu où le testateur a disposé et est, ensuite, révoqué dans un autre lieu, la révocation sera valable en la forme si elle remplit les conditions de forme du second lieu ou du lieu où le testateur a disposé. Il s'agit d'une extension logique du même principe *favor validitatis* qui régit l'article 42.

De même, la règle s'applique à tout type de disposition à cause de mort, tout type de testament – y compris les testaments consentis concomitamment par deux personnes dans le même acte –, tout type de pacte successoral et, comme cela a déjà été indiqué, les déclarations de choix de loi dans les termes prescrits par l'**article 41** (*professio iuris*), ainsi que tout type d'acte par lequel sont révoquées ou modifiées tant la disposition testamentaire que la *professio iuris*.

⁴⁰⁶CONC. : Art. 93 de la loi suisse de DIPr ; art. 84 du code belge de DIPr ; art. 48 de la loi italienne de DIPr ; art. 66 de la loi polonaise de DIPr ; art. 39 du projet dominicain ; art. 85 du projet bolivien ; art. 31 du projet uruguayen ; art. 42 du projet colombien.

⁴⁰⁷Vid. M. Requejo Isidro, *La ley local y la forma de los actos en Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998, dans lequel ce principe est expliqué selon une perspective historique et de droit comparé.

⁴⁰⁸Cette convention lie plus de quarante États de la communauté internationale, dont Antigua-et-Barbuda et la Grenade, pays membres de l'OHADAC.

Article 43. *Succession de l'État.* Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers, si la loi applicable à la succession ne les attribue pas à l'État, les biens successoraux situés dans la Caraïbe passent à l'État caribéen.

308. Le problème d'attribution des biens successoraux à un État ou à des organismes de droit public ou dépendants de l'État, ou à des collectivités territoriales présentant une autonomie dans l'État, est classique. Elle nécessite une réponse concrète afin d'éviter tout blocage inhérent à une revendication concurrente de deux États sur les mêmes biens ou, au contraire, un délaissement ou un abandon lui aussi concurrent entre deux États sur tous ou certains biens du défunt⁴⁰⁹. Cela résulte de la conception différente du rôle de l'État dans la succession : alors que certains ordonnancements juridiques considèrent que l'État peut être appelé à la succession en dernier, d'autres ordonnancements ne lui attribuent pas cette qualification successorale mais considèrent que l'État peut saisir les biens qui se trouveraient vacants sur son territoire, en vertu d'un droit d'appropriation de nature publique. Dans ce cas de figure, si par exemple la loi successorale relève d'un État et que cet État ne se considère pas comme successible mais disposant d'un simple droit d'appropriation sur les biens situés sur son territoire, les biens situés sur le territoire d'un État différent pourront se trouver en situation de *bona vacantia* si la loi du lieu de situation qualifie le droit de l'État comme un véritable droit successoral. Le premier État ne revendique pas les biens situés hors de son territoire car il n'est pas autorisé à le faire et le second ne revendique pas les biens situés sur son territoire pour la même raison. La situation contraire est moins problématique : si l'État se voit autorisé à hériter de tous les biens du défunt en vertu de la loi qui régit la succession, il revendiquera ces biens où qu'ils se trouvent. Une telle revendication ne sera efficace que si les autres pays sur le territoire desquels se situent les biens du défunt ne s'y opposent pas, soit parce qu'ils reconnaissent également ce droit, soit parce que même s'ils considèrent qu'ils détiennent un pouvoir régalien sur ces biens, ils appliquent la loi successorale dans son intégralité et assume la qualité d'héritier d'un État étranger⁴¹⁰.

309. Cette position, en quelque sorte orthodoxe sur un plan strictement conflictuel, conduit à traiter plus favorablement les États autorisés à hériter, en vertu de leurs lois, que ceux qui présentent purement un droit privilégié d'appropriation sur les biens situés sur leurs territoires. Surtout elle laisse sans réponse, le problème des biens non revendiqués par une loi comme c'est le cas dans le premier exemple proposé. Existe-t-il un type de prérogative sur ces biens ou alors entrent-ils dans le cas générique des *res nullius* soumis aux règles d'occupation de la *lex rei sitae* ? L'article 43 offre une réponse matérielle et directe à cette question qui, d'un côté, respecte les dispositions de la loi successorale dans son intégralité⁴¹¹, et de l'autre, répond à

⁴⁰⁹Art. 49 de la loi italienne de DIPr ; art. 41 du projet dominicain ; art. 88 du projet bolivien.

⁴¹⁰Vid. l'exemple classique *Re Maldonado (deceased)*; *State of Spain v Treasury Solicitor. Court of Appeal*, [1954] P 223, [1953] 2 All ER 1579, [1954] 2 WLR 64.

⁴¹¹D'autres possibilités sont imaginables : le récent art. 33 du Règlement (UE) 650/2012 penche clairement en faveur de la voie d'appropriation, dans l'intérêt public, en marge de la loi successorale, puisqu'il indique : « Dans la mesure où, en vertu de la loi applicable à la succession au titre du présent

l'éventuel problème de conflit négatif, à savoir l'absence de revendication des biens situés dans la Caraïbe, en attribuant directement ces biens à l'État sur le territoire duquel ils sont situés. En résumé, si la loi successorale autorise l'État à hériter, celui-ci hérite. Dans le cas contraire, la propriété des biens de la succession situés dans la Caraïbe passe directement à l'État caribéen⁴¹². Quant à ceux situés dans d'autres pays, évidemment la présente loi ne prévoit aucune disposition.

Article 44. Donations. 1. Les donations sont régies par la loi du domicile du donateur au moment de la donation.

2. Nonobstant la disposition du paragraphe précédent, le donateur peut, par déclaration expresse insérée dans l'acte de donation, soumettre celle-ci à la loi de sa nationalité.

3. La donation est valable en la forme si elle est considérée telle par la loi qui la régit au fond ou par la loi du pays où elle est effectuée.

310. Cette disposition se réfère à la loi qui régit les donations et cela requiert un premier travail de qualification de l'institution. Celle-ci n'est pas excessivement complexe puisque le droit comparé identifie habituellement, et de façon plus ou moins homogène, les deux éléments clés de cette situation juridique : sa gratuité et l'effet d'appauvrissement du donateur et l'enrichissement correspondant du donataire⁴¹³.

À partir d'une perspective plus systématique, l'un des problèmes traditionnels qui se pose pour désigner la loi applicable aux donations en droit international privé, outre celui portant sur sa propre conceptualisation, est de considérer qu'il s'agit soit

règlement, il n'y a pour aucun bien d'héritier ou de légataire institué par une disposition à cause de mort, ou de personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un État membre ou d'une institution désignée à cet effet par ledit État membre d'appréhender, en vertu de sa propre loi, les biens successoraux situés sur son territoire, pour autant que les créanciers soient habilités à faire valoir leurs créances sur l'ensemble des biens successoraux ». Il faut tenir compte de l'allusion faite à la « disposition à cause de mort » ainsi qu'à la « personne physique venant au degré successible » pour la loi successorale. Ce n'est pas la solution prévue par la loi vénézuélienne de DIPr, qui privilégie le droit d'appropriation de l'État du Venezuela face à de possibles États héritiers étrangers (art. 36). *Vid.* T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, *op. cit.*, pp. 90–91, qui fait écho aux critiques concernant l'absence d'harmonie au niveau international que sa solution apporte.

⁴¹²*Vid.* cette même solution à l'art. 49 de la loi italienne de DIPr et à l'art. 40 du projet dominicain ; *vid.* également l'art. 113 de la loi panaméenne de DIPr.

⁴¹³« La donation entre vifs est un acte par lequel une personne transfère, gratuitement et de manière irrévocable, une partie de ses biens à une autre personne qui les accepte » (art. 1433 du code civil de Colombie). « Le contrat de donation permet à une personne de transmettre gratuitement, au détriment de son patrimoine, le titre de propriété d'un bien à une autre personne qui l'accepte » (art. 371 du Cc de Cuba). « La donation est le contrat par lequel une personne transfère gratuitement un bien ou un autre droit de son patrimoine à une personne qui l'accepte » (art. 1.431 du Cc du Venezuela).

d'un acte portant sur la sphère individuelle ou la personne de l'individu, soit d'un acte strictement juridique ou contractuel au travers duquel l'aspect personnel ferait place à l'économique⁴¹⁴⁴¹⁵. Le positionnement de l'article 44, dans le corps de la présente loi, tout comme les solutions particulières qu'il propose pour identifier la loi applicable (loi personnelle et choix unilatéral du donateur) tablent sur une dimension personnaliste de la loi applicable à la donation.

L'autre grande question, de plus en plus commune au regard de la spécialisation des solutions de droit international privé et de la démultiplication des règles de conflit qui en découle pour régler des aspects parfois intrinsèquement liés, est la distinction à faire entre la loi qui gouverne les donations d'une façon générale et celle qui gouverne les autres questions comme plus particulièrement les effets patrimoniaux du mariage et des successions. Classiquement, il s'avère dans ce sens indispensable de déterminer si les donations à cause de mort sont régies par la loi qui gouverne la succession ou par celle qui régit les donations⁴¹⁶. Et à l'instar, les donations entre époux⁴¹⁷ doivent-elles être soumises à la loi qui régit les donations ou à celle qui régit les effets patrimoniaux entre époux ?

Dans le cas des donations *mortis causa*, elles entrent dans le champ d'application de cette règle ou dans le champ de l'article 44 du présent article, selon si l'effet typique de la donation (appauvrissement du donateur et enrichissement du donataire) dépend essentiellement du fait que le donateur décède avant le donataire, ou si sa mort est simplement le motif ou la condition pour que la donation soit immédiatement efficace. Dans le premier cas, la loi qui régit les donations sera la loi applicable et dans le second, ce sera la loi qui régira la succession⁴¹⁸. Les donations entre époux, qui ne sont pas rattachées à un objectif spécifique de contribution à l'entretien du patrimoine conjugal, ne peuvent pas échapper au champ d'application de la présente disposition. Et ce, dès lors que le droit qui régit les effets du mariage les considère comme étant indissociables de l'entretien qui pourrait découler de son champ d'application⁴¹⁹.

Dans ce même ordre d'idée, se posent également les problèmes de qualification des donations dites rémunérées (établies au profit du donataire en remerciement ou en considération de ses mérites), à savoir celles qui imposent une quelconque obligation à la charge du donataire, ou celles qui ne constituent pas véritablement un acte

⁴¹⁴CONC. : Art. 56 de la loi italienne de DIPr ; art. 41 du projet dominicain ; art. 66 du projet du code modèle de DIPr mexicain ; art. 28 du projet colombien.

⁴¹⁵Vid. P. Jiménez Blanco, "El Derecho aplicable a las donaciones", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, pp. 63-89.

⁴¹⁶Dans certains cas, la qualification dérivée du droit civil est sans équivoque. Art. 943 du Cc du Guatemala : « Les donations à cause de mort sont régies par les mêmes dispositions testamentaires concernant le legs. » Art. 1393 du Cc de Costa Rica : « La donation à exécuter après décès est considérée comme une disposition de dernière volonté et est entièrement régie par les dispositions régissant les testaments. »

⁴¹⁷Art. 1842 du Cc de Colombie : « Les donations faites par un époux à l'autre avant leur mariage et consenties à cet effet ainsi que les donations faites par un tiers à l'un des époux avant ou après leur mariage et consenties à cet effet sont, en général, dites en droit colombien "donations à cause de mariage". »

⁴¹⁸P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, p. 77.

⁴¹⁹*Ibid.*, p. 74.

à titre gratuit, mais qui comprennent un acte mixte, avec une partie gratuite et une autre onéreuse. Dans tous les cas, la solution pour la qualification relève de la triple condition mentionnée : gratuité, appauvrissement et enrichissement. De ce fait et selon les cas, il pourra être procédé à une scission entre, par exemple, la loi applicable à la donation pour l'acte à titre gratuit, et la loi applicable aux actes à titre onéreux pour la partie onéreuse.

311. Comme cela a déjà été indiqué, la solution offerte par l'article 44 de la présente loi est clairement personnaliste et s'en remet dans diverses mesures aux lois personnelles du donateur. La loi de son domicile sera la loi applicable, sauf s'il choisit expressément la loi de sa nationalité (ou de l'une de ses nationalités dans le cas où il en détiendrait plusieurs). Ces solutions se situent dans le temps au moment de la donation, ce qui de façon expresse est mentionné dans le paragraphe premier de l'article et de façon certaine (« par déclaration expresse et conjointement à la donation) dans le second paragraphe. Cette disposition dans le temps est une contrainte à la dimension juridique de la donation et fait que, dans le cas où le choix de la loi sera opéré, il ne pourra plus être modifié ou révoqué ultérieurement (par exemple, il pourra se faire au travers de la *professio iuris* successorale).

Le troisième paragraphe vise la règle applicable nécessairement à la forme de la donation qui, en suivant le *favor validitatis* découlant de la loi applicable aux formalités des actes, se caractérise par sa mesure : deux lois potentiellement applicables, la *lex loci celebrationis* et la *lex causae*. La solution est plus sobre que celle qui tranche la forme des obligations contractuelles⁴²⁰ car elle marque cette dimension personnelle dont il a déjà été question.

312. La loi déterminée par l'article 44 pour gouverner la succession s'appliquera aux conditions de capacités spéciales pour être donateur et être donataire avec, dans ce cas, une mention spéciale quant aux interdictions ou aux limitations pour recevoir les donations. Il peut être dérogé à cette règle si de telles interdictions ou limitations sont intrinsèquement rattachées à une relation différente qui les justifie : par exemple, en cas de donations par lesquelles il est disposé des biens de l'enfant ou du pupille, les conditions imposées à celui qui détient l'autorité parentale, la responsabilité parentale ou toute autre relation analogue, et les conditions imposées directement au tuteur dans l'intérêt de l'enfant mineur ou de l'incapable majeur, et ce sera la loi qui régit toutes ces situations qui sera applicable.

La loi qui gouverne la donation ne s'appliquera pas non plus aux événements qui pourraient intervenir dans le cadre de la succession du donateur. Comme cela a été souligné précédemment⁴²¹, l'obligation de décompte, d'imputation, de réduction et éventuellement de collation des donations et autres libéralités établies par le défunt de son vivant sont déterminées par la loi de la succession, dans le cas où cela générerait une incertitude quant à la détermination des effets de la donation.

⁴²⁰*Vid. infra* le commentaire de l'**art. 51** de la présente loi.

⁴²¹*Vid. supra* le commentaire de l'**art. 42** de la présente loi.

Section V
Obligations contractuelles

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.

313. La faculté laissée aux parties au contrat international de choisir le système juridique qui régira le contrat, constitue un principe reconnu dans pratiquement tous les systèmes de DIPr, en tant qu' « autonomie conflictuelle »⁴²². Cette notion laisse toute liberté aux parties de configurer leurs relations de droit privé et sous leur entière responsabilité. Cependant, la portée de l'autonomie conflictuelle dans les systèmes de DIPr d'Amérique latine et de la Caraïbe continue d'être un sujet polémique du fait, dans certains cas, de la prise en compte spécifique du modèle de *common law* sur cette question⁴²³.

⁴²²CONC. : Art. 116 de la loi suisse de DIPr ; art. 98 du code belge de DIPr ; art. 57 de la loi italienne de DIPr ; art. 37-37 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 26 de la loi polonaise de DIPr ; art. 42 du projet dominicain ; art. 88 à 93 du projet mexicain ; art. 63 du projet bolivien ; art. 48 et 49 du projet uruguayen ; art. 52 du projet colombien ; Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux de 1994.

⁴²³Dans le système portoricain, il convient de se référer à l'affaire *Maryland Casualty Co. v. San Juan Racing Association, Inc.*, 8 D.P.R. 559 (1961), qui porte sur un litige typique de conflit de lois en matière de contrats d'assurance. La police d'assurance avait été délivrée au bureau principal de l'assureur en Pennsylvanie, mais avait été approuvée par un agent local de l'assureur à Porto Rico, où était domicilié l'assureur et où le risque assuré était situé. La Cour suprême a signalé que le fait que la police d'assurance ait été approuvée sur l'île permettrait d'appliquer la loi portoricaine, à condition que soit adoptée la règle selon laquelle la loi applicable est celle du lieu où le dernier acte nécessaire à la validation du contrat a été effectué. *Id.* p. 564. Cependant, convaincue par la jurisprudence de la Cour suprême fédérale et les tribunaux d'États des États-Unis, la Cour a écarté les « théories conceptualistes du "lieu de conclusion" » du contrat et s'est basée, avec des critères plus larges, sur l'application de la loi de Porto Rico. *Id.*, p. 562-566. À ce moment-là, le droit étatsunien en matière de conflit de lois s'est éloigné de la règle *lex locicontractus* pour se diriger vers l'approche du « centre de gravité », décrite par la Cour comme étant la doctrine qui « soutient que la loi de l'État ayant le plus de contacts avec l'objet du contrat est la loi applicable, puisqu'il est présumé que cet État est celui qui a le plus d'intérêt dans toute question liée audit contrat. » *Id.* p. 565. Néanmoins, la Cour a longuement discuté les positions des autorités espagnoles en matière de contrats d'adhésion et a conclu que « la

La manifestation la plus patente de l'autonomie privée est la liberté contractuelle qui octroie aux parties le droit de décider par elles-mêmes si le contrat doit ou non être conclu, avec qui (liberté de conclusion des contrats), et le contenu de celui-ci (liberté de configuration). À cela s'ajoute en troisième lieu la liberté de forme, c'est-à-dire l'absence d'obligation de conclure un contrat par écrit ou sous une autre forme.

L'autonomie conflictuelle reconnaît aux parties au contrat la liberté de choix de la loi. De ce fait, les parties peuvent décider par elles-mêmes à quelle loi elles vont soumettre la relation juridique établie entre elles⁴²⁴.

Cette liberté de choix de la loi sur le plan du droit positif est exclusivement autorisée par le droit de chaque État et ne découle pas automatiquement d'un principe de liberté personnelle, quelle que soit la forme sous laquelle ce choix est opéré. De ce fait, ce sont les règles de conflit du for, et non les parties, qui déterminent les critères de rattachement du contrat avec un ordre juridique déterminé⁴²⁵. Cela dit, il ne fait aucun doute que l'idée de contrat correspond au fait que ce sont les parties elles-mêmes qui décident de la manière de défendre et d'équilibrer leurs intérêts. De la sorte, l'autonomie conflictuelle n'est pas une simple prolongation de l'autonomie privée, mais elle est l'expression même de l'idée d'autonomie et de liberté placée au-dessus du droit positif⁴²⁶. La liberté de choix du droit trouve principalement sa justification, en premier lieu, dans un but de grande sécurité juridique, en second

doctrine soutenant l'application des lois de l'État ayant le lien de rattachement le plus fort, la relation la plus étroite avec le contrat, [se justifie] par l'intérêt majeur qu'a cet État à protéger les intérêts de ses citoyens. » *Id.* pp. 565-568. De même, la Cour a insisté sur le fait que cet intérêt de l'État est particulièrement important vis-à-vis du contrat d'assurance, dans lequel l'assuré doit généralement accepter ce que lui propose la compagnie d'assurance. Concernant d'autres affaires fédérales de conflit de lois en matière contractuelle dans lesquelles la loi portoricaine de DIPr a également été appliquée conformément à la doctrine. *Erie-Klaxon*, *vid. American Eutectic Weld v. Rodríguez*, 480 F.2d 223 (1st Cir. 1973) ; *Lummus Co. v. Commonwealth Oil Refining Co.*, 280 F.2d 915 (1st Cir. 1960) ; *Gemco Latinoamericana Inc. v. Seiko Time Corp.*, 623 F. Supp. 912 (1985) ; *Fojo v. Americana Express Co.*, 554 F. Supp. 1199 (D.P.R. 1983) ; *Pan American Computer Corp. v. Data General Corp.*, 467 F. Supp. 969 (1979) ; *Mitsui & Co. v. Puerto Rico Water Resources*, 79 F.R.D. 72 (1978) ; *Southern Intern. Sales v. Potter & Brumfield Div.*, 410 F. Supp. 1339 (1976) ; *Hernández v. Steamship Mut. Underwriting Ass'n Ltd.*, 388 F. Supp. 312 (1974) et *González y Camejo v. Sun Life Assurance Co. Of Canada*, 313 F. Supp. 1011 (D.P.R. 1970). *Beatty Caribbean, Inc. v. Viskase Sales Corp.*, 2 F. Supp. 2d 123 (D.P.R.2003) ; *Puerto Rico Telephone Co., Inc. v. U.S. Phone Mfgn. Corp.* 427 F.3d (1st Cir. 2005).

⁴²⁴Cela se reflète particulièrement sur l'instrument légal constituant la principale référence au niveau international en la matière, le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (DO L 177/6, 4.7.2008), qui regroupe les règles uniformes en la matière dans le cadre de l'Union européenne. Il remplace la convention de Rome de 1980 concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, qui avait introduit des modifications d'une certaine ampleur. Ces instruments ont servi de référence durant les dernières années de codification du droit international privé de pays du monde entier. *Vid.* B. Ancel, "Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en las Convenios de Roma y de México", *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 35 *et seq.*

⁴²⁵K. Siehr, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1989, pp. 485 *et seq.*, spéc. p. 486.

⁴²⁶S. Leible, "Außenhandel und Rechtssicherheit", *ZVglRWiss*, 97, 1998, pp. 286 *et seq.*, spéc. p. 289.

lieu, dans le renforcement du principe d'égalité afin que les parties au contrat puissent s'adapter au droit dans les relations transfrontières et, enfin, dans le principe de prévisibilité de l'ordre juridique applicable⁴²⁷.

314. L'autonomie de la volonté est également le premier critère de détermination de la loi applicable à cette matière dans la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux du 17 mars 1994, conclue à Mexico le 17 mars 1994 et dans la Cinquième conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-V). La Convention interaméricaine s'est inspirée de l'expérience de la Convention de Rome de 1980 dont elle s'est délibérément éloignée, pour au moins quelques-uns des aspects, à savoir en ce qui concerne la désignation de la loi applicable dans le cas où les parties n'auraient pas procédé à un choix⁴²⁸. Bien que la convention interaméricaine ait eu une influence bien moindre sur les législateurs des autres régions du monde que la Convention de Rome, du fait du peu d'adhésion, elle constitue toutefois une référence incontournable en Amérique.

En effet, la question du « contrat international » a été mise à l'ordre du jour de la CIDIP-IV en 1989. La Conférence a établi une série de critères fondamentaux relatifs à la loi applicable en matière de contrats internationaux. Puis, la discussion s'est centrée sur l'opportunité d'une convention « régionale » en suivant les paramètres de la Convention de Rome de 1980 ou la participation active et unitaire des pays latino-américains dans l'élaboration d'un instrument d'unification à caractère universel adopté par un organisme international ou dans d'autres initiatives comme celles posées en pratique par UNIDROIT.

Malgré ce défaut de consensus, le Comité juridique interaméricain a adopté une solution régionale et, pour limiter le point d'achoppement quant à la question sur la loi applicable, il a demandé au prestigieux juriste mexicain José Luis Siqueiros d'élaborer un avant-projet de convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux pour son vote en 1991. Puis le Comité juridique interaméricain, à la demande du Conseil permanent, a rédigé en 1993 un projet de Normes pour la réglementation des actes juridiques internationaux, qui s'en est suivi d'une réunion d'experts en 1993 dans la ville de Tucson, Arizona, aux États-Unis. La présence du professeur de l'Université de Californie – Davis F. Juenger a été décisive et la Convention de Mexico s'est éloignée de la Convention de Rome, dont les solutions, selon ce professeur, s'avéraient très déficientes. Selon lui, les auteurs européens, qui étaient

⁴²⁷S. Leible, "Comercio exterior y seguridad jurídica", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 31, 1998, p. 397.

⁴²⁸Vid. H.S. Burman, "International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s", *Vanderb. J. Transn. L.*, 28 (1995), p. 367 ; A. Gebele, *Die Konvention von México. Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens*, Birkenau, 2002 ; R. Herbert, "La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rev. Urug. Der. Int. Priv.*, n° 1, 1994, p. 1 ; F.K. Juenger, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts. Some Highlights and Comparison", *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, pp. 381 *et seq.* ; L. Perez-nieto Castro, "Introducción a la Convención interamericana a sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 30, 1994, pp. 765 *et seq.* ; *id.*, "El negocio jurídico en el Derecho internacional privado en México", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 39-85.

tombés dans le piège de la mode conflictuelle contemporaine, s'étaient basés sur un principe vague (l'application du droit de l'État avec lequel le contrat a « les liens les plus étroits »), ce qui n'était pas satisfaisant. De ce fait, la balance a penché du côté du juge qui s'est vu investi de la tâche de localiser, à défaut de choix des parties, l'ordre juridique présentant le lien le plus étroit avec le contrat, afin de trancher, au cas par cas, la question relative à la loi applicable. Il en a résulté un nouveau projet de convention sur le droit applicable en matière de contrat international qui a été soumis, comme document de travail principal, aux délibérations de la CIDIP-V et a donné lieu à la Convention de Mexico de 1994. Toutefois, le succès de la Convention réside dans le faible nombre d'adhésion des États ayant participé à son élaboration. Il est indéniable que la Convention a eu davantage de succès dans les forums académiques. En effet, seuls cinq États (Bolivie, Brésil, Mexique, Uruguay et Venezuela) l'ont signé et deux seulement l'ont ratifié (Mexique et Venezuela). Aussi, le texte n'est-il entré en vigueur que dans deux pays (pour l'entrée en vigueur, il n'était requis que deux ratifications).

315. Le présent article reprend les articles 7 et 8 de la Convention de Mexico. Le choix de la loi applicable par les parties est un instrument qui apporte à la fois sécurité et prévisibilité. Cela permet de prendre en compte les intérêts des parties, par exemple, en leur donnant la possibilité de choisir le système juridique qu'elles considèrent le plus apte pour le contenu de leur contrat, soit pour sa neutralité soit pour permettre d'unifier le régime de contrats différents. Le principe de l'autonomie de la volonté dans la désignation de la loi du contrat – autonomie conflictuelle – est visé par le paragraphe un de l'article 45 de la présente loi type. Cette règle, dans la lignée également du règlement Rome I, établit un régime de conditions très libéral quant à l'exercice de l'autonomie conflictuelle. Ainsi, il permet que le choix s'opère tant de façon expresse que tacite. Les indices significatifs pour déterminer un éventuel choix tacite sont – et ils devront être évalués à la lumière d'un ensemble de circonstances – des références répétées à des dispositions propres à un seul ordre juridique et insérées dans le contrat ainsi que, en cas de litige, la demande et la contestation fondées exclusivement sur le droit d'un pays déterminé. Enfin, le choix de la loi du contrat par les parties peut avoir lieu à tout moment. La simple clause attributive de juridiction prévue dans le contrat en cas de litige n'implique pas, en soi, un choix tacite de la loi de ce pays même s'il s'agit bien d'un des facteurs pouvant être pris en compte à l'heure de déterminer si le choix de la loi applicable ressort clairement des termes du contrat. Par ailleurs, l'article 45 n'impose pas que l'ordre juridique choisi présente un lien avec la relation juridique établie par le contrat.

316. Quant au moment du choix de la loi applicable, l'article 45 prévoit la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable avant ou après la conclusion du contrat et de modifier l'ordonnancement qu'elles auront choisi. En tout cas, la modification de la loi applicable ne peut pas affecter les droits des tiers.

Par ailleurs, l'article 45 permet aux parties d'opérer un choix partiel de la loi applicable, en effet, la loi choisie peut régir « la totalité ou seulement une partie » du contrat. Pour que le choix partiel soit possible, il doit se référer à une partie du contrat dissociable du reste.

Article 46. Détermination de la loi applicable à défaut de choix. 1. Si les parties n'ont pas fait choix d'une loi ou si leur choix est inefficace, la loi applicable au contrat est déterminée par les dispositions suivantes :

i) le contrat de vente de marchandises est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;

ii) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

iii) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

iv) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;

v) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

vi) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

vii) le contrat qui a pour objet principal l'exploitation de droits de propriété industrielle ou intellectuelle est régi par la loi du pays de l'exploitation des droits lorsque ceux-ci sont relatifs à un seul pays ; s'ils sont relatifs à plus d'un pays, la loi de la résidence habituelle du titulaire des droits s'applique.

2. Lorsque le contrat est distinct de ceux énumérés au paragraphe précédent, la loi applicable est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle.

3. S'il résulte clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays distinct de celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

4. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

317. La présente disposition porte sur le régime général de désignation de la loi applicable aux contrats à défaut de choix des parties⁴²⁹. Demeurent en marge uniquement certaines catégories de contrats pour lesquels un régime spécial est prévu, comme les contrats de consommation et les contrats de travail. Le contenu des dispositions correspond dans une large mesure au modèle posé par l'article 4 du règlement Rome I, qui lui-même est directement inspiré par la Convention de Rome de

⁴²⁹P. de Miguel Asensio, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980", *Revista Jurídica Española La Ley*, XVI, 1995, pp. 1-7.

1968. Aussi la rédaction du règlement a-t-elle introduit des modifications importantes afin de régler les principales difficultés qu'avaient présentées l'application de l'article de la Convention et éliminer les doutes quant au fonctionnement des dispositions⁴³⁰.

Le principe de base pour déterminer la loi applicable, dénommé principe de proximité, se fonde sur l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Il s'agit d'un principe flexible, car il laisse une certaine marge d'appréciation pour déterminer, selon les circonstances de l'espèce, à quel pays se rattache le contrat. Cette souplesse peut, cependant, faire obstacle à la réalisation de l'objectif général de sécurité juridique. Le concept des liens les plus étroits ne peut pas se référer à des indices de proximité strictement géographiques : « la résidence des parties », « le lieu de la conclusion du contrat », « le lieu d'exécution du contrat », « le lieu de situation des biens ou de droits objet du contrat », « le marché affecté par le contrat ». Chacun de ces critères de rattachement n'a pas de valeur en soi ni de portée générale. Son poids dépend du degré de rattachement juridique et économique qu'il présentera par rapport au contrat en particulier, par conséquent son influence varie selon le type de contrat et sa nature. Le plus important n'est pas la situation géographique mais la mesure dans laquelle ce rattachement correspond à des exigences d'efficacité économique, de sécurité des relations juridiques et de prévisibilité des parties au regard de la finalité économique et juridique d'un contrat déterminé. À titre d'exemple, la conclusion d'un contrat est un élément à prendre en compte en matière de contrats avec un consommateur⁴³¹.

318. L'article 9 de la Convention interaméricaine de Mexico correspond à l'article 4 du règlement Rome I. Alors qu'ils partent du même critère de départ, la Convention interaméricaine se fonde sur une perspective beaucoup plus flexible, pour déterminer le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, que le modèle européen qui est éloigné de l'approche prédominante dans les pays ibéro-américains. La convention de Mexico choisit de ne pas mettre en œuvre le principe de proximité, et s'est limitée à prévoir que : « Le tribunal prendra en compte tous les éléments objectifs et subjectifs qui ressortiront du contrat pour déterminer le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. Il prendra également en compte les principes généraux du droit du commerce international validés par des organismes internationaux ».

Cette formulation de la Convention interaméricaine ne peut être critiquée dans la mesure où elle facilite la désignation de la loi applicable par les juges (par exemple, les Principes UNIDROIT ne comprennent aucune règle sur la détermination de la loi du contrat). Dans le présent article, la question est posée à l'inverse de la technique conflictuelle pour déterminer le régime juridique des contrats internationaux. Alors que le paragraphe 1 se fonde sur l'emploi de la méthode conflictuelle, en prévoyant l'application du droit de l'État avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits,

⁴³⁰CONC.: Art. 117 de la loi suisse de DIPr ; art. 65 du projet bolivien ; art. 45 du projet uruguayen ; art. 53 du projet colombien.

⁴³¹J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Cizur Menor (Navarra), Civitas–Tomson–Reuters, 2013, pp. 561 *et seq.*

le paragraphe 2, (au lieu de fournir des critères en vue de guider les tribunaux) prend en compte les usages du commerce international dans une phase (celle relative à la précision de l'ordonnancement national applicable) dans laquelle ils ne peuvent pratiquement rien apporter. Il faut distinguer, d'une part, le fait que la loi (nationale) du contrat a une importance pratique limitée, y compris devant les juridictions nationales, et que dans le régime juridique matériel des contrats internationaux les règles extranationales revêtent une importance croissante et, d'autre part, le fait que ce type de règles apportent des solutions alors qu'il s'agit bien de déterminer la loi (nationale) applicable au contrat à défaut de choix par les parties.

Face au modèle de la Convention interaméricaine, l'article 4 du règlement Rome I, comme le démontrent les éléments nouveaux introduits dans ses paragraphes 1 et 3, a préféré renforcer la recherche de la sécurité juridique en application du critère des liens les plus étroits, en vue de favoriser l'application uniforme des règles dans tous les États membres et de doter d'une plus grande prévisibilité le régime juridique des contrats internationaux.

319. L'article 46 de la présente loi type établit dans son paragraphe 1 une liste de contrats pour lesquels il précise la loi applicable, en référence au lieu de résidence habituelle de l'un des contractants ou au lieu où se situe l'élément considéré comme déterminant au contrat. Ce choix vise à apporter une meilleure prévisibilité en comparaison avec le système de la Convention de Rome. Son paragraphe premier se limitait à établir, comme critère général, que la loi applicable est celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

Si le contrat, pour lequel la loi doit être déterminée, appartient à l'une des catégories visées par le paragraphe 1 de l'article 46, le pays dont la loi sera applicable sera déterminé précisément en vertu des règles contenues dans ce paragraphe. Par exemple, s'il s'agit d'un contrat de vente de marchandises, la loi applicable est celle du pays où le vendeur a sa résidence habituelle. Afin d'apporter toute satisfaction quant à la sécurité juridique et de fournir un régime plus élaboré et précis, l'article 46 insère une liste des différents types de contrats, dont certains ne figuraient pas dans le règlement Rome I. C'est le cas des contrats ayant pour objet principal l'exploitation de droits de la propriété industrielle ou intellectuelle.

320. Seulement pour les contrats qui seront inclus dans la catégorie du premier paragraphe, ou pour ceux pour lesquels il n'est pas apporté de solution car ils combinent des éléments portant sur plus d'une de ces catégories, il conviendra de préciser quelle est la prestation caractéristique. Pour ces contrats, le paragraphe 2 prévoit que la loi applicable sera celle du pays de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat. La technique de la prestation caractéristique se réfère aux contrats pour lesquels la contrepartie de l'un des contractants consiste exclusivement au paiement du prix. Dans ce cas, la prestation reposant sur le paiement sera caractéristique car elle se différencie des autres types de contrat, puisqu'elle détermine l'essence même du contrat et qu'elle fait objet d'une réglementation très élaborée. La prestation caractéristique joue un moindre rôle dans la Convention de Rome, car elle ne doit être déterminée que lorsque le contrat n'entre dans aucune des catégories des contrats mentionnées dans le paragraphe 1.

Par ailleurs, le paragraphe 3 consiste en une clause d'exception ou de correction par laquelle la loi mentionnée dans les paragraphes 1 ou 2, c'est-à-dire celle fixée pour chaque type de contrats prévus ou, à défaut, celle du siège du prestataire de service, ne s'appliquera pas s'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays distinct de celui visé auxdits paragraphes. Conformément à cette règle, le principe des liens très étroits remplit une fonction correctrice de l'application des règles des paragraphes 1 et 2. Pour renforcer la sécurité juridique dans la détermination de la loi applicable, la clause d'exclusion, dans la lignée de l'article 4 du règlement Rome I, est rédigée de manière à spécifier qu'elle doit intervenir seulement à titre exceptionnel. De ce fait, il est prévu que le lien le plus étroit doit être manifeste et résulter clairement du contrat.

321. Enfin, le paragraphe 4 prévoit une solution de fermeture, pensée seulement pour les cas où le contrat ne pourra pas entrer dans l'une des catégories spécifiques du paragraphe 1 et où il ne sera pas non plus possible de déterminer le pays de résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique. Évidemment, parfois, la détermination de la prestation caractéristique peut s'avérer impossible. Les situations paradigmatiques sont celles où les contractants échangent des prestations de nature identique sans que ni l'une, ni l'autre ne prenne la forme juridique d'une rémunération – comme l'échange par exemple –.

Dans ce type de situations, le paragraphe 4 dispose que la loi applicable doit être déterminée en fonction du critère de proximité et prévoit que la loi applicable est celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. En l'absence de précision, il conviendra de procéder à une analyse spécifique des circonstances de chaque espèce. La nature, le contenu et la configuration du contrat doivent être le point de départ de la recherche du lien le plus étroit avec un ou d'autres contrats⁴³².

Article 47. Contrats de travail. 1. La loi applicable au contrat individuel de travail est celle que les parties ont choisie conformément à l'article 45, qui s'applique seulement dans la mesure où elle n'affaiblit pas les standards de protection du travail prévus par la loi que détermine le paragraphe 2 ci-dessous.

2. Les contrats de travail sont régis par la loi du pays dans lequel est habituellement effectuée la prestation de travail, à moins qu'il ne ressorte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

⁴³²« En l'absence de choix, lorsque la loi applicable ne peut être déterminée en raison de l'impossibilité de classer le contrat dans l'une des catégories définies ou de déterminer la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat, alors le contrat devrait être régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Pour déterminer ce pays, il convient de prendre en compte, notamment, l'existence de liens plus étroits avec un ou plusieurs autres contrats. »

3. Si le lieu où s'effectue habituellement la prestation de travail ne peut être déterminé, la loi applicable est celle du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

322. L'insertion de règles spécifiques relatives à la loi applicable pour les contrats de travail répond au besoin de protéger le travailleur en tant que partie faible dans ce type de relations contractuelles. Le présent article, en posant des limites matérielles importantes quant à la possibilité de choisir le droit applicable⁴³³, présente une finalité clairement protectrice. Une finalité qui ne peut s'avérer licite que dans la mesure où la loi choisie et imposée par l'employeur, en tant que partie forte au contrat, ne sera applicable que si elle est favorable au travailleur. La formule utilisée pour obtenir l'application de la loi choisie, comme loi plus favorable au travailleur, consiste à prévoir l'application des dispositions impératives de protection de la loi applicable à défaut de choix (paragraphe 1). Dans ce cas, le concept de dispositions impératives de protection du travailleur comprend les règles simplement impératives, non dérogeables par contrat. De ce fait, le choix d'une loi différente ne peut conduire qu'à un régime légal plus favorable au travailleur et jamais moins. En ce sens, il convient de rappeler que les conventions collectives sont indissociables de la loi applicable au contrat de travail.

À titre de comparaison, le modèle le plus élaboré et influent dans cette matière se trouve dans l'Union européenne à l'article 8 du règlement Rome I, qui correspond à l'ancien article 6 de la Convention de Rome de 1980.

À partir de ce modèle, l'article 48 applique aux contrats de travail le régime général de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux prévus aux articles 45 et 46. Le présent article a pour ultime finalité la protection du travailleur, par l'introduction de limites matérielles importantes quant à la possibilité de choisir le droit applicable. De ce fait, cette possibilité n'est pas exclue mais ne s'avère licite que dans la mesure où la loi choisie, et imposée par l'employeur en tant que partie forte au contrat, ne sera applicable que si elle est favorable au travailleur. La formule utilisée pour obtenir l'application de la loi choisie, comme loi plus favorable au travailleur, consiste à prévoir l'application des dispositions impératives qui s'appliqueraient à défaut de choix (**article 69**). De ce fait, le choix d'une loi différente ne peut conduire qu'à un régime légal plus favorable au travailleur et jamais moins. Dans ce sens, il convient de rappeler que les conventions collectives sont indissociables de la loi applicable au contrat de travail.

La loi désignée, à défaut de choix, remplit deux fonctions : directement, elle désigne la loi applicable, dès lors qu'il n'a pas été procédé à un choix, indirectement, elle fixe le cadre de protection minimum du travailleur auquel le choix de la loi ne pourra pas déroger.

⁴³³CONC. : Art. 91 du code panaméen de DIPr ; art. 121 de la loi suisse de DIPr ; art. 44 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 3118 (Cc du Québec) ; art. 43 du projet dominicain ; art. 72 du projet bolivien ; art. 50.6 du projet uruguayen ; art. 55 du projet colombien.

323. La désignation de la loi applicable suppose de distinguer deux cas de figure. Dans le premier, si le travailleur accomplit habituellement son travail dans un pays, bien que de temps en temps il doive prêter ses services dans un autre pays, dans ce cas, la loi applicable sera celle du lieu où la prestation de travail est accomplie. Ce lieu doit être interprété comme le lieu de prestation principale du travailleur. Il en découle une équivalence entre compétence judiciaire et droit applicable. Dans le second, si le lieu de prestation habituelle s'entend comme le « destinataire » de la prestation de travail, il ne peut pas être déterminé. Le rattachement peut exister en tenant compte de l' « origine » de la prestation, à savoir, le lieu à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail, comme cela est le cas des équipages et autres travailleurs des lignes aériennes⁴³⁴.

324. Par conséquent, l'article 47 permet de choisir la loi applicable dans les contrats de travail. Il pose toutefois des restrictions significatives. Plus particulièrement, la loi choisie par les parties sera seulement applicable si elle ne réduit pas les standards de protection du travailleur établis dans la loi applicable à défaut de choix.

Il s'agit d'un critère qui, afin de remplir son objectif matériel à savoir assurer la due protection juridique des travailleurs, impose d'évaluer le contenu de deux ordres juridiques, afin que la loi choisie par les parties soit seulement applicable dans la mesure où elle est plus favorable au travailleur. Par conséquent, les règles sur la détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties sont déterminantes pour les contrats relevant d'un ordre juridique dont le standard minimum de protection est bénéfique au travailleur.

325. Les règles sur la détermination de la loi applicable, à défaut de choix, reposent sur la distinction de deux types de situation. Dans les cas où il convient d'identifier un pays dans lequel la prestation de travail est réalisée habituellement, ce sera cet élément qui servira à situer la relation en vue de désigner la loi applicable. Ce critère devra être le critère principal en vertu du principe de proximité. Conformément au paragraphe 3, quand le lieu où la prestation de travail est habituellement réalisée ne pourra pas être déterminé, la loi applicable sera celle du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

Le lieu d'accomplissement du travail est un critère de connexion prédominant dans le présent article, de ce fait il doit être interprété de manière large et à la lumière de l'ensemble des circonstances, ce qui ne facilite pas la détermination du lieu d'accomplissement du travail y compris quand celui-ci est réalisé habituellement dans plusieurs lieux. Il est introduit une clause d'exception permettant d'appliquer un autre ordonnancement, s'il ressort de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. Outre l'objectif de protection du travailleur émanant de la règle spéciale en matière de contrats de travail, le fonctionnement de la clause d'exception est indépendant de toute considération matérielle. La présente clause est fondée, certainement, sur des raisons de proximité, ce qui ne

⁴³⁴J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Cizur Menor (Navarra), Civitas–Tomson–Reuters, 2013, pp. 578 *et seq.*

garantit pas que sa mise en œuvre conduise à appliquer la loi la plus favorable au travailleur.

326. Quant à l'interaction qui existe entre le point de rattachement prioritaire – à savoir le lieu habituel du travail –, et la clause d'exception – qui prévoit l'application de la loi d'un autre pays dès lors que de l'ensemble des circonstances il résulte que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays –, il convient de souligner qu'à la différence de la clause d'exception, incluse dans la règle générale sur la loi applicable aux contrats, le présent article introduit n'a pas inséré dans son énoncé le mot « manifestement ».

Tel que cela a été souligné dans l'interprétation du règlement Rome I, cette différence est liée au fait que les dispositions relatives au contrat de travail s'inspirent simultanément de l'idée de proximité et de celle de la protection du travailleur. Ainsi il ne s'agit pas d'une règle de conflit totalement neutre qui poursuit fondamentalement un objectif de prévisibilité et de sécurité juridique. Parmi les éléments significatifs de rattachement qui comptent pour déterminer avec quel pays le contrat de travail présente les liens les plus étroits et si la clause d'exception doit être mise en œuvre, il convient de désigner le pays dans lequel le travailleur pour compte d'autrui paie les impôts sur le revenu de son activité et le pays dans lequel il est affilié à la sécurité sociale.

Article 48. Contrats conclus par les consommateurs. 1. Les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel ou entrepreneur qui, par tout moyen, dirige ses activités vers le pays de la résidence habituelle du consommateur et qui contracte dans le cadre de ces activités, sont soumis aux dispositions suivantes.

2. Le choix par les parties de la loi applicable à de tels contrats ne peut affaiblir les standards de protection du consommateur prévus par la loi de la résidence habituelle du consommateur.

3. La loi applicable au contrat à défaut de choix conforme à l'article 45 est la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

4. Les règles énoncées aux paragraphes précédents sont applicables aux contrats d'assurance.

327. Pour les contrats de consommation qui remplissent les conditions d'application du régime spécial, l'article 48 s'inspire du modèle de l'article 6 du règlement Rome I. Ainsi, à la différence du régime applicable aux contrats en général, conformément au paragraphe 3, la loi applicable à défaut de choix sera celle du pays dans

lequel le consommateur a sa résidence habituelle⁴³⁵. En outre, bien qu'il soit admis que les parties puissent choisir la loi applicable, cela ne peut pas amoindrir la protection que les dispositions impératives du pays de résidence habituelle du consommateur lui garantissent.

La solution proposée reprend le standard de protection posé par la réglementation relative à la protection des consommateurs en vigueur dans le pays où le consommateur, partie au contrat international après avoir été capté sur son marché domestique, a son domicile. L'augmentation du recours à ce critère s'explique, entre autres, pour des raisons économiques. En effet, il est considéré traditionnellement que le consommateur n'intervient dans une transaction internationale qu'à titre occasionnel alors que les professionnels le font habituellement. Il est donc logique que les professionnels assument les frais inhérents à la vérification du contenu de la législation étrangère. Il a été également souligné que, contrairement à l'idée communément défendue par l'industrie, les solutions de droit international privé basées sur l'application de la loi du domicile du consommateur (combinée ou non à la possibilité de choisir une autre loi applicable à condition que cette loi apporte le même niveau de protection au consommateur que celle de son pays de résidence) sont celles qui permettent le mieux de développer le commerce électronique international.

328. Le régime de protection établi par la présente règle n'intervient que lorsque le professionnel ou l'entrepreneur exerce ses activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre où réside le consommateur ou, si par tout moyen, il dirige ses activités vers ce pays ou vers plusieurs pays, vers celui-ci et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. Ce paragraphe vise spécifiquement à apporter une réponse aux exigences du commerce sur Internet. Toutefois, l'interprétation de cette règle, comme le démontre la pratique européenne, peut s'avérer complexe.

Il en découle que le régime de protection est applicable, si le contrat de consommation est conclu à travers des sites internet actifs qui dirigent leurs activités vers l'État où le consommateur a son domicile, et si le contrat a été effectivement conclu avec ce consommateur à travers ce site internet. D'autre part, il semble évident que le simple fait qu'un site internet marchand soit accessible dans l'État où le consommateur a son domicile ne suffit pas, au regard du présent texte, pour que la protection du consommateur soit garantie.

329. Dans le cadre de l'article 48, y compris dans les contrats internationaux de consommation auxquels s'applique la règle de protection, les parties sont en principe libres de choisir la loi du contrat. De ce fait, la loi choisie s'applique seulement si son contenu ne prive pas le consommateur de la protection qui lui est garantie par

⁴³⁵CONC. : Art. 95 du code panaméen de DIPr ; art. 114 de la loi suisse de DIPr ; art. 3117 (Cc du Québec) ; art. 41 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 44 du projet dominicain ; art. 71 du projet bolivien ; art. 50.5 du projet uruguayen ; art. 56 du projet colombien ; art. 6 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

des dispositions impératives du pays dans lequel il réside. Malgré cela, il convient de mentionner que les parties sont libres de choisir la loi applicable au contrat.

Une exclusion totale de l'autonomie conflictuelle pour ce type de contrats pourrait s'avérer contreproductive. En effet, cela obligerait les professionnels à reprendre les clauses de leurs contrats et l'insertion – si fréquente dans la pratique – d'une clause sur la loi applicable ne permettrait pas une homogénéisation des contrats. En effet, celle-ci s'avèrerait inefficace même au regard des éléments qui restent hors du champ des dispositions impératives de protection des consommateurs. En outre, exclure la possibilité de choix de la loi applicable dans la pratique pourrait avoir des répercussions négatives sur la place du consommateur dans le contrat. En effet, dans le cadre de la solution adoptée, par le présent article, le choix de la loi applicable ne peut être opéré que dans la mesure où il assure une protection plus favorable au consommateur.

Article 49. *Domaine de la loi applicable.* La loi applicable au contrat en vertu des dispositions de l'article précédent régit notamment :

- i) son interprétation ;**
- ii) les droits et obligations des parties ;**
- iii) l'exécution des obligations qu'engendre le contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où le paiement d'une indemnité compensatoire peut être déterminé ;**
- iv) les divers modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la déchéance des actions ;**
- v) les conséquences de la nullité ou invalidité du contrat ;**
- vi) l'acquisition et la perte *inter partes* d'un droit réel dans les termes de l'article 56.2.**

330. Cet article délimite le domaine régi par la loi applicable au contrat et s'est inspiré des dispositions de l'article 12 du règlement Rome I. Des dispositions similaires existent également à l'article 14 de la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, conclue à Mexico le 17 mars 1994, et qui s'est tenue dans le cadre de la Cinquième conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-V). L'article 14 reprend les dispositions relatives au domaine d'application de la loi du contrat contenues dans la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, antérieure au règlement Rome I⁴³⁶.

Tout d'abord, il convient de signaler que, au regard des règles de conflit, trois fonctions sont assignées à la loi applicable au contrat. Concrètement, ces fonctions

⁴³⁶CONC. : Art. 96 du projet mexicain.

visent, en premier lieu, à conférer une force obligatoire au contrat et à en fixer les conditions de sa conclusion. En second lieu, elles visent à établir le cadre contraignant du contrat au sein duquel s'exerce l'autonomie des contractants. En troisième lieu, elles visent à fournir les critères d'interprétation et le régime supplétif au contrat pour ce qui n'a pas été prévu par les parties.

331. La loi du contrat ayant une vocation générale, l'énumération des matières contenues dans cet article n'est pas exhaustive mais purement indicative. La *lex contractus* régit :

i) La formation du contrat, son existence et sa validité substantielle, tant au niveau des vices de consentement (erreur, dol, intimidation, simulation, etc.) qu'à d'autres niveaux (illicéité de l'objet, illicéité ou inexistance de la cause, etc.) et sa nullité.

ii) Le contenu du contrat, les obligations de chacune des parties, les cas d'inaccomplissement ainsi que leurs conséquences, comme l'éventuelle résolution, le régime des éléments accidentels, les effets du contrat. Le présent article prévoit également que sera régie par la loi du contrat l'exécution des obligations qu'il établit, y compris la fixation des dommages et intérêts et, pour ce faire, il prévoit l'évaluation du préjudice dans la mesure où il permettra de déterminer le montant de l'indemnité compensatoire. La loi du contrat permet de déterminer si les parties ont rempli leurs obligations.

iii) Les critères d'interprétation du contrat, outre le régime supplétif pour les éléments non prévus au contrat.

iii) La validité des accords conclus entre les contractants (autonomie matérielle), les cas de résolution des contrats et les clauses ou conditions considérées nulles ou réputées non écrites.

iv) La modification et l'extinction du contrat et les conditions de sa novation. Cet article précise expressément qu'il inclut la prescription et la déchéance des actions. Les dispositions spécifiques quant à la forme et à l'incapacité figurent sur ces deux points dans les articles suivants.

332. Les présentes dispositions ne s'étendent pas à d'autres questions qui pourraient être liées, comme l'acquisition, le transfert ou l'extinction des droits réels, même entre les parties au contrat. Par conséquent, les questions portant sur le fond du transfert de la propriété dans un contrat de vente seront déterminées en application de la loi qui gouvernera les droits réels. Celle-ci se fonde dans notre système sur les règles prévues à l'**article 58.2** de la présente loi.

Article 50. Incapacité. Dans les contrats conclus entre personnes se trouvant dans la Caraïbe, les personnes physiques qui jouiraient de la capacité selon la loi caribéenne ne peuvent invoquer leur incapacité résultant de la loi d'un autre pays

que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.

333. Dans les situations internationales, la capacité de contracter fait l'objet d'un traitement différent au regard des autres dispositions du contrat. En effet, elle doit s'en tenir aux règles contenues dans le droit international privé sur la capacité, et qui est traditionnellement considérée comme une question relative aux personnes. Ainsi, par exemple, en droit comparé il convient de signaler que le paragraphe 2.a) de l'article 1 du règlement Rome I exclut expressément de son champ d'application l'état et la capacité juridique des personnes physiques.

334. Or, pour protéger la sécurité des relations, la bonne foi et, concrètement, les attentes raisonnables de ceux qui concluent des contrats sur leur propre marché avec des étrangers – ou des personnes résidant à l'étranger – qui se rendent sur ce marché, il convient de poser une règle spécifique qui, dans certaines circonstances, corrige le principe général. Cette règle spécifique s'inspire des dispositions de l'article 13 du règlement Rome I, similaire à celles établies dans le précédent article 11 de la Convention de Rome.

Cet article a été rédigé pour protéger celui qui, de bonne foi, a cru raisonnablement conclure un contrat avec une personne physique capable et qui voit ensuite remettre en question l'efficacité du contrat pour défaut de capacité de cette personne physique et pour une raison non reconnue dans le pays où le contrat a été conclu. Cette disposition permet, quand de telles circonstances se présentent, que l'un des co-contractants puisse se prévaloir de l'apparente capacité de l'autre co-contractant au regard de la loi du lieu de conclusion du contrat.

Pour que ce mécanisme de protection puisse être mis en œuvre, il faut que deux conditions soient réunies. La première, le contrat doit avoir été conclu entre des personnes se trouvant dans le même pays. La seconde, l'application de la disposition spécifique requiert qu'il existe des disparités entre les règles relatives à la capacité, dans le pays où le contrat a été conclu, et la loi applicable à la capacité en vertu du DIPr du for.

Article 51. *Forme.* 1. Un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans le même État est valable en la forme s'il satisfait aux conditions établies par le droit qui régit ledit contrat d'après les articles précédents ou aux conditions exigées par le droit de l'État de sa conclusion.

2. Si les personnes se trouvent dans des États différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions établies par le droit qui régit le contrat ou s'il satisfait aux conditions prévues par la loi du lieu où est effectuée l'offre ou l'acceptation.

335. Dans la mesure où les exigences de forme, en tant que condition de validité de certains contrats, sont susceptibles de varier selon les ordres juridiques, les systèmes de DIPr ont développé des règles spécifiques sur la loi applicable à la validité formelle des contrats, afin de faciliter les relations internationales. Pour ce faire, ces règles admettent principalement que les contrats internationaux sont valables dans la forme s'ils remplissent les conditions spécifiques de la loi du contrat ou de tout autre ordre juridique, plus particulièrement celui du lieu où les parties ont procédé à l'échange de volonté, ce qui facilitera le contrôle du respect de ces exigences.

336. Conformément au premier paragraphe, si les contractants se trouvent sur le territoire du même pays, le contrat sera valable quant à la forme s'il respecte les conditions de la loi qui le régit quant au fond ou de la loi du pays dans lequel le contrat a été conclu. La loi applicable quant au fond ou la loi du contrat doit s'entendre comme étant la loi qui régira le contrat si celui-ci s'avère valable en la forme. En vue de favoriser la validité formelle des contrats, dans le cas de contrats conclus entre des personnes se trouvant dans des pays différents (à cet effet, si le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un représentant, l'information importante consiste à connaître le lieu où se situe cet intermédiaire au moment de la conclusion), le paragraphe deux considère qu'il suffit que le contrat remplisse les conditions de la loi de l'un de ces pays ou de la loi du contrat, ou encore de la loi du pays dans lequel l'une des parties a sa résidence au moment de la conclusion.

Section VI

Obligations extracontractuelles

Article 52. Règle générale. La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'un fait dommageable est la loi choisie par le responsable et la victime. Le choix de la loi doit être exprès ou résulter de manière évidente des circonstances de la cause.

2. À défaut de choix, la loi du pays où le dommage se produit s'applique, quel que soit le pays où le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels les conséquences indirectes de fait surviennent ; toutefois, si la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes précédents, la loi de cet autre pays s'applique.

337. La question de la loi applicable aux obligations extracontractuelles a fait l'objet d'un large débat et d'une confrontation entre les modèles romano-germaniques et

de *common law*⁴³⁷. De ce fait, il convient d'expliquer le choix opéré par le présent article. Laissant de côté, les thèses favorables à l'application de la *lex fori* à la responsabilité civile extracontractuelle en général⁴³⁸⁴³⁹, et se concentrant sur le problème de la loi applicable à la responsabilité civile résultant d'un délit, il a été considéré, que dans ce type de faits illicites, il existe un lien fort entre les aspects pénal et civil. Par conséquent, une même loi devrait s'appliquer, la loi du for, tant pour les uns que pour les autres aspects. Ce raisonnement repose sur une conception parallèle du fait illicite civil comme pénal, et fait peser de façon déterminante une culpabilisation ou un reproche moral sur l'auteur du dommage⁴⁴⁰. Pourtant, il ne peut pas être présagé, d'une façon générale, qu'il existe un total parallélisme entre l'application spéciale des règles pénales et civiles, même si celles-ci sont appliquées par la même juridiction⁴⁴¹. Le lien qui unit l'action civile et l'action pénale est exclusivement procédural, mais en aucun cas il n'implique une modification de la nature de l'action civile et, de ce fait, ne saurait justifier l'application d'une loi distincte selon si l'action exercée au civil se fait indépendamment ou séparément de l'action pénale.

Il existe diverses conventions applicables à des faits illicites déterminés : certaines appartiennent au droit matériel uniforme et d'autres contiennent des règles de conflit bilatérales. Le paradigme dans ce domaine est la Convention de La Haye du 4 mai

⁴³⁷Dans le cadre caribéen, une affaire importante, par laquelle la nouvelle tendance jurisprudentielle portoricaine est apparue, est l'affaire *Viuda de Fornaris v. American Surety Company*, 93 D.P.R. 29 (1966). Il s'agit d'un cas similaire à l'affaire *Babcock v. Jackson*, 19 N.E.2d 279 (1963), résolue par un tribunal new-yorkais, qui a marqué le début de la « révolution » en matière de conflit de lois aux États-Unis. L'affaire *Viuda de Fornaris* portait sur quatre citoyens portoricains décédés alors qu'ils revenaient de Saint Thomas. L'avion privé à bord duquel ils voyageaient, piloté par son propriétaire, s'est abîmé dans les eaux de Saint Thomas. L'avion était immatriculé à Porto Rico et c'était là que l'avion était stationné régulièrement. Lors de l'action en justice pour meurtre dit illégal, les défendeurs ont invoqué le plafond de dommages-intérêts de dix mille dollars qu'établit la loi de Saint Thomas pour meurtre illégal. Ils ont ensuite fait remarquer que ni le code civil de Porto Rico, ni son prédécesseur, le code civil espagnol, ne prévoyait de règle de droit international privé en matière de dommages-intérêts. La Cour suprême de Porto Rico a reconnu que la jurisprudence espagnole avait adopté la règle *lex loci delicti* afin de résoudre de tels conflits. Cependant, la Cour, se référant à des spécialistes espagnols, a expliqué que l'adoption de cette règle en Espagne se fondait sur la présomption, contestée dans le cas présent, que le *locus delicti* était le « point de rattachement le plus fort » et que pour l'État où a eu lieu le *delicti*, il est « dans son plus grand intérêt qu'aucun acte illicite ne soit commis et, dans le cas où un tel acte est commis, que réparation soit faite. » *Viuda de Fornaris, ante*, p. 31. Étant donné les multiples connexions prédominantes avec Porto Rico dans cette affaire, cette présomption a été contestée et il a été tranché que la loi applicable était celle de Porto Rico.

⁴³⁸CONC. : Art. 132 et 133 de la loi suisse de DIPr ; art. 99 du code belge de DIPr ; art. 62 de la loi italienne de DIPr ; art. 33 de la loi polonaise de DIPr ; art. 49 du projet dominicain ; art. 99 *et seq.* du projet mexicain ; art. 73 du projet bolivien ; art. 52 du projet uruguayen ; art. 62 du projet colombien.

⁴³⁹À son époque, H. Mazeaud avait soutenu que les règles françaises en matière de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle étaient des lois de police, entendues dans le sens de l'art. 3.1^o du Cc français, et que, par conséquent, il était nécessaire que les juridictions françaises soient toujours compétentes ("Conflits des lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, pp. 382-385).

⁴⁴⁰*Cf.* O. Kahn-Freund, "Delictual Liability and the Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, 1968-II, pp. 20-22.

⁴⁴¹G. Beitzke, "Les obligations délictuelles en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 115, 1965-II, pp. 73-75.

1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière et la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits. Les pays de la zone OHADAC n'ont pas adhéré à ces instruments, ce qui justifie la pertinence de la mise en place d'une règle *ad hoc*.

338. Dans la lignée des codifications les plus avancées, en matière d'obligations extracontractuelles, il est laissé aux parties la possibilité de choisir la loi applicable. Le développement de l'autonomie conflictuelle dans ce domaine s'explique par le fait que sur le plan matériel la responsabilité extracontractuelle appartient précisément au domaine de la liberté de disposition des parties. De même, d'un point de vue juridictionnel, les parties sont libres de choisir le tribunal compétent dans ce domaine. Compte tenu du sens que recouvre l'autonomie de la volonté sur le plan matériel et de l'importance de l'autonomie conflictuelle, en tant que mécanisme visant à assurer la prévisibilité et la sécurité juridique des relations privées de droit international, il s'avère parfaitement justifié de placer la liberté de choix comme premier critère de détermination de la loi applicable.

En principe, cet article n'établit pas de limites quant au droit de choisir. Il n'impose pas que le choix porte sur la *lex fori* ou sur tout ordonnancement avec lequel l'obligation extracontractuelle présentera un certain lien. Par conséquent, les parties sont libres de choisir la loi de tout pays. Quant aux modalités d'expression du choix opéré, le présent article se limite à indiquer que le choix devra être exprès ou résulter, de manière évidente, des circonstances de la cause.

339. Bien qu'il s'agisse du premier critère de rattachement, il est évident que dans le domaine des obligations extracontractuelles l'importance pratique de l'autonomie conflictuelle est bien moindre qu'en matière d'obligations contractuelles. En effet, pour ces dernières, le fait qu'à l'origine de leur relation, il existe spécifiquement un accord préalable entre les parties permet que celles-ci puissent parvenir à un accord sur la loi applicable, dès le départ.

Le choix de l'autonomie conflictuelle a lieu dans le champ des obligations extracontractuelles avec certaines limites additionnelles, comme l'exclusion de certaines matières du champ de l'autonomie conflictuelle. C'est le cas de la loi applicable à la responsabilité découlant des actes de concurrence déloyale, des actes restreignant la concurrence et des infractions aux droits de la propriété intellectuelle. Il s'agit de domaine de droit dans lesquels les critères de rattachement employés, le principe des effets sur le marché et la règle *lex loci protectionis*, sont impératifs vu les objectifs poursuivis, les caractéristiques de l'objet régi et les intérêts publics ou collectifs en cause.

340. À défaut de choix par les parties de la loi applicable et chaque fois qu'il s'agira d'une situation non régie par une règle de droit spécifique, la loi applicable à l'obligation extracontractuelle résultant d'un fait dommageable sera déterminée en vertu des paragraphes 2 et 3 du présent article. Ses dispositions s'inspirent substantiellement de l'article 4 du règlement Rome II, qui contient les règles unifiées en la matière au sein de l'UE. Concrètement, le paragraphe 2 détermine ce qui peut être désigné comme étant « la règle générale ». Il s'agit des règles qui répondent à une

orientation et une structure préalablement bien définies, dans le sens où elle se base sur la dualité entre la règle et son exception. Elle comprend trois paragraphes : le premier établit comme critère de base l'application de la *lex loci damni* ; le deuxième introduit un traitement différencié pour les situations dans lesquelles les parties ont une résidence habituelle commune ; et le troisième contient une clause d'exception, fondée sur le critère des liens les plus étroits, qui ouvre la possibilité d'appliquer une loi distincte de celle désignée aux paragraphes 1 et 2.

À défaut de résidence habituelle commune, le paragraphe 2 prévaut quand le responsable du dommage et la victime résident dans le même pays. La loi applicable est celle « du pays où le dommage se produit, quel que soit le pays où le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels les conséquences indirectes de fait surviennent ». Ce point de rattachement a pour objectif de déterminer précisément la loi applicable, d'une part, dans les cas où il existe une dissociation entre le lieu d'origine ou le lieu voire les lieux où survient le fait qui cause le dommage, et le lieu où se produit le dommage et, d'autre part, dans les cas dans lesquels le dommage direct s'accompagne d'autres dommages indirects ou dérivés.

341. Quant à la règle *lex loci damni*, le critère de la résidence habituelle commune prévaut. Il s'agit du critère de rattachement applicable quand la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage. Dans la pratique, cette règle peut faciliter surtout l'application de la loi du for dans des situations survenues à l'étranger et qui impliquent plusieurs résidents du for.

La loi du lieu du dommage ainsi que la loi de la résidence habituelle commune peuvent être remplacées par celle d'un autre pays, dès lors que seront réunies les conditions requises à l'application de la clause de correction prévue au paragraphe 3. Concrètement, il faut que, parmi les circonstances, le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Il s'agit d'une clause d'exception qui introduit une flexibilité fondée sur le principe de proximité. De ce fait, elle est rédigée dans la lignée du contenu du règlement Rome II et souligne le caractère exceptionnel de cette possibilité, en exigeant que les liens soient « manifestement » plus étroits, ce qui implique que ce rattachement plus fort avec un autre ordonnancement soit évident. La rédaction de la règle met en relief le caractère exceptionnel de ce mécanisme.

Article 53. Responsabilité du fait des produits défectueux. La loi applicable à l'obligation extracontractuelle résultant d'un dommage causé par un produit est :

i) la loi du pays dans lequel la personne lésée avait sa résidence habituelle au jour du dommage, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

ii) à défaut, la loi du pays dans lequel le produit a été acheté, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

iii) à défaut, la loi du pays dans lequel le dommage est survenu, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

iv) à défaut, la loi du pays dans lequel se situe l'établissement du responsable.

2. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe précédent, la loi de cet autre pays s'applique.

342. La présente disposition insère un régime particulier sur la loi applicable en matière de responsabilité pour des produits défectueux. Ce régime se situe dans la lignée de l'expérience internationale et trouve sa justification dans la spécialisation de cette matière, comme l'illustrent en particulier la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973, conclue dans le cadre de la Conférence de La Haye, ainsi que l'article 5 du règlement Rome II⁴⁴².

343. Le système adopté se fonde sur l'établissement d'une série de rattachements avancés en cascade et qui se combine avec une clause d'exception basée sur le critère de proximité. En outre, il convient de souligner que le caractère préalable des rattachements successifs prévus dans ces dispositions, s'applique de façon préférentielle à la loi choisie par les parties en vertu de l'**article 52.1**.

À défaut de choix de la loi applicable par les parties, l'article 53 prévoit en premier lieu l'application de la loi du pays dans lequel la personne lésée a sa résidence habituelle au jour du dommage, si le produit est commercialisé dans ce pays. Dans le cas, où cette situation ne se présente pas, la loi applicable sera celle du pays où elle a acheté le produit, si ce produit a été commercialisé dans ce pays. À défaut, ce sera la loi du pays dans lequel le dommage est survenu, si le produit a été commercialisé dans ce pays. Enfin, et à défaut, la loi applicable sera celle du pays dans lequel se situe l'établissement du responsable du dommage.

344. Enfin, le paragraphe 2 insère une clause de correction, en vertu de laquelle, si l'ensemble des circonstances résultant du fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui indiqué dans les dispositions du paragraphe 1, ce sera alors la loi de cet autre pays qui s'appliquera.

Article 54. Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence. 1. La loi applicable à une obligation extracontractuelle découlant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

⁴⁴²Art. 3128 (Cc du Québec).

2. La loi applicable à une obligation extracontractuelle découlant d'une atteinte à la concurrence est la loi du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être ;

3. Les actes de concurrence déloyale qui affectent exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé relèvent de la règle générale de l'article 52.

4. Le choix de la loi applicable conforme à l'article 52.1 ne peut concerner que les conséquences économiques découlant pour les parties de ces obligations extracontractuelles.

345. Ces dispositions se fondent sur l'application du critère dit des effets aux actes de concurrence et, en particulier, à la responsabilité extracontractuelle découlant de ceux-ci. Ce critère est apparu en même temps que les règles spécifiques sur la loi applicable dans le domaine des actes de concurrence déloyale et des actes restreignant la concurrence qu'il convient de différencier de la règle générale sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles. En effet, ce critère précise quelle est la loi applicable dans ces situations, tout comme le fait l'article 6 du règlement Rome II.

Cette évolution correspondant à la fonction de la réglementation en matière de concurrence déloyale et des actes restreignant la concurrence est différente de celle qui caractérise l'ensemble de la responsabilité civile extracontractuelle, elle-même centrée sur la réparation individuelle du préjudice subi. En matière de concurrence déloyale, la protection des intérêts collectifs des acteurs (y compris des consommateurs) sur le marché est primordiale ainsi que les intérêts généraux dans le cadre d'une organisation unitaire du marché et pour son bon fonctionnement⁴⁴³.

346. Pour ce faire, le marché constitue un élément déterminant pour désigner la législation nationale applicable en matière de concurrence déloyale et des actes restreignant la concurrence. L'application de la loi du marché, sur lequel les concurrents agissent pour attirer la clientèle, s'ajuste aux attentes des personnes potentiellement lésées, et garantit en même temps une égalité de traitements entre les différents agents économiques de chaque marché. Le critère des effets sur le marché se fonde, entre autres, sur le principe de protection sans faille des consommateurs sur le marché national ainsi que sur la garantie de l'égalité des conditions de concurrence sur ce marché et qui s'est vu, traditionnellement, attribué un caractère impératif.

En vertu de l'article 54 de la présente loi type, qui est une solution identique à celle adoptée dans le cadre de l'Union européenne au travers de l'article 6 du règlement Rome II, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. Dans le même ordre d'idée, la loi applicable à une obligation non

⁴⁴³CONC. : Art. 136 et 137 de la loi suisse de DIPr.

contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être.

347. La loi applicable à la concurrence déloyale et aux pratiques restreignant la concurrence régit les situations et les conséquences des agissements concurrentiels illicites. La loi du marché affecté détermine d'une manière générale s'il existe une pratique concurrentielle illicite et en définit les conséquences, cela comprend : les pratiques illicites, les cas de responsabilité et leur étendue, la détermination des responsables, les causes d'exonération, de limitation et d'extinction de responsabilité, l'existence et l'évaluation des dommages indemnifiables, ainsi que les types d'actions pouvant être exercées face à ces comportements en concurrence déloyale et de publicité illicite ainsi que les conditions de leur exercice.

Quand le litige porte sur la violation des règles de concurrence déloyale destinées principalement à protéger la position des concurrents (acte de dénigrement, imitation, exploitation de la réputation d'autrui, incitation à la rupture contractuelle), le marché de référence sera celui sur lequel les intérêts des concurrents entrent en conflit. Il s'agit spécifiquement du marché sur lequel est opérée la promotion ou la commercialisation des produits ou des services objet des pratiques déloyales. De même, dès lors que les pratiques déloyales portent atteinte à l'intérêt général en empêchant le fonctionnement correct du marché (comme dans les cas de discrimination ou de ventes à perte) celui-ci doit concerner le marché vers lequel sont dirigées les pratiques concurrentielles en cause.

348. Le paragraphe 3 introduit un traitement particulier de la loi applicable aux actes de concurrence déloyale qui affectent exclusivement les intérêts d'un concurrent particulier. Il est entendu que, dans ce cas, le comportement a des répercussions essentiellement sur les relations entre les parties impliquées et spécifiquement sur celle qui subit le préjudice. Les actes de concurrence déloyale non tournés vers le marché mais centrés sur la sphère interne d'un concurrent sont spécifiquement les actes de violation du secret d'entreprise et d'incitation à la rupture contractuelle, y compris les actes de désorganisation de l'entreprise rivale au moyen de la captation irrégulière de ses employés. La règle spéciale prévoit que, dans ce cas, le critère des effets ne s'appliquera pas mais que ce sera la règle générale sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles qui s'appliquera. La loi sera celle du pays sur lequel le dommage se produit. Toutefois, dès lors que le responsable et la victime auront leur résidence dans le même pays, la loi applicable sera celle de la résidence habituelle commune et, en outre, si l'ensemble des circonstances résultant du fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, ce sera alors la loi de cet autre pays qui s'appliquera.

En outre, la solution proposée par le paragraphe 4 qui prévoit l'autonomie conflictuelle quant aux conséquences patrimoniales entre les parties et au regard des dispositions de l'**article 52.1**, diffère de la solution adoptée par le règlement Rome II.

Article 55. *Domage environnemental. La responsabilité pour dommage environnemental est régie, au choix de la victime, par la loi du lieu où le dommage se produit ou par la loi du lieu où est survenu le fait générateur du dommage.*

349. La présente disposition contient une règle particulière sur la loi applicable à l'obligation extracontractuelle découlant d'un dommage environnemental et s'inspire du modèle très avancé dans ce domaine du règlement Rome II. Selon le considérant 24 des dispositions préliminaires, le règlement Rome II définit le « dommage environnemental » comme une modification négative d'une ressource naturelle telle que l'eau, les sols ou l'air, une détérioration d'une fonction assurée par cette ressource au bénéfice d'une autre ressource naturelle, ou du public, une détérioration de la diversité biologique.

350. La règle spécifique vise à favoriser la personne lésée, en lui offrant la possibilité de choisir l'ordre juridique qui lui est le plus favorable dans les cas de pollution transfrontalière présentant une dissociation entre le lieu d'origine et le lieu du dommage.

Dans ce but, l'article prévoit que la loi applicable sera en principe celle du lieu où s'est produit le dommage (conformément au critère général de l'article 52.2), mais le demandeur en réparation du dommage a la possibilité de se fonder sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit. Ce critère permet de rechercher la responsabilité de celui qui, établi dans un pays présentant un niveau de protection environnementale faible, va polluer des pays proches ayant des standards de protection plus élevés.

Article 56. *Atteinte aux droits de propriété intellectuelle. La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée.*

2. Le choix de la loi applicable conforme à l'article 52 ne peut concerner que les conséquences économiques découlant pour les parties de ces obligations extracontractuelles.

351. Parmi les caractéristiques communes à tous les droits attachés à la propriété industrielle et intellectuelle, le caractère territorial est historiquement et spécifiquement l'élément déterminant de la loi applicable à ces droits. Le caractère immatériel de ces biens, rendant possible leur utilisation simultanée dans divers lieux, justifie l'emploi de critères spécifiques pour déterminer la loi applicable. Ces critères n'ont pas à coïncider avec ceux utilisés pour les biens corporels ou ceux employés pour les obligations extracontractuelles en général. Vu la portée territoriale limitée des droits de la propriété industrielle et intellectuelle, il ne peut leur être porté atteinte que si les activités sont développées sur le territoire où elles bénéficient d'une protection ou si

elles sont destinées à ce même territoire. Par conséquent, l'exclusivité que confèrent ces droits ne concerne que le territoire de l'État (ou l'organisme supranational) qui l'attribue ou dont la législation reconnaît spécifiquement ce droit.

Ces traits essentiels des droits de la propriété industrielle et intellectuelle partagés à l'échelle internationale révèlent que, par sa nature commune à pratiquement tous les États, le critère *lex loci protectionis* est déterminant pour désigner la loi applicable à la protection des droits de propriété industrielle soumis à un enregistrement. Les différents systèmes de DIPr s'accordent habituellement sur le fait que la loi applicable à la protection de ces droits est celle du pays dans lequel la protection est revendiquée. Aussi, parfois, la formulation de la règle de conflit dans cette matière est simplement unilatérale ou manque de précision, notamment dans son apparente référence au pays « dans lequel la protection est revendiquée » ou de par l'absence de règle spécifique sur la loi applicable à la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle. Le critère de la loi du pays de protection a été réceptionné dans la majorité des législations modernes de DIPr et, en même temps, il est admis dans les systèmes n'ayant établi aucune règle de conflit spécifique en matière d'atteinte à de tels droits.

352. La formulation multilatérale de l'article 56.1 indique clairement que la loi de protection ne coïncide pas nécessairement avec la *lex fori*, dans la mesure où les tribunaux du for sont compétents pour poursuivre l'atteinte aux droits étrangers de la propriété intellectuelle. L'application de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée conduit à mettre en œuvre la règle de conflit relative aux législations de tous les pays, dès lors que la demande porte sur l'atteinte de ces droits dans une pluralité de pays. Cette situation est liée à la territorialité et à l'indépendance qui caractérisent ces droits.

Tout en répondant à la structure du texte légal, le fait générateur de la mise en œuvre de cette règle s'avère limité puisqu'il se réfère à l'obligation extracontractuelle qui découle de l'atteinte portée à un droit de la propriété intellectuelle. En effet, les autres aspects du régime de ces droits n'entrent pas en ligne de compte et sont inclus dans l'article 61. Cet article régit la loi applicable aux autres aspects des droits de la propriété intellectuelle et prévoit également qu'ils seront régis par la loi du pays où la protection est revendiquée.

353. Le fondement de la règle *lex loci protectionis* détermine qu'en matière de protection de la propriété intellectuelle et industrielle, le critère de rattachement revêt en principe un caractère impératif. Cela exclut toute possibilité pour les parties de choisir la loi applicable. Il n'est pas contesté que la *lex loci protectionis* s'applique sans que les parties ne puissent désigner un autre ordonnancement applicable pour, par exemple, définir quels droits exclusifs sont protégés, ainsi que leur contenu et les comportements constitutifs d'atteinte. Sans préjudice de ce qui précède, la tendance à favoriser l'autonomie conflictuelle dans le domaine des obligations extracontractuelles s'est accompagnée, dans certains pays, d'une certaine reconnaissance de l'autonomie conflictuelle en matière d'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle et industrielle. D'un point de vue du droit comparé, l'article 110, paragraphe 2 de la loi suisse de DIPr de 1987 a constitué une innovation significative sur ce point, qui a été suivie et développée ensuite dans les législations belge et hollandaise.

Dans la lignée de la solution adoptée quant à la loi applicable aux obligations extra-contractuelles découlant d'actes de concurrence déloyale et d'actes restreignant la libre concurrence, le paragraphe 2 du présent article reconnaît l'autonomie conflictuelle mais uniquement au regard des conséquences économiques découlant pour les parties de l'atteinte à ces droits. La liberté de choix s'avère pertinente – même si son importance pratique s'avère limitée – car elle offre une sécurité juridique à ce type de litiges. Dans le cadre de ces limites, elle correspond au pouvoir reconnu aux parties de choisir librement des dispositions sur le plan matériel sans restreindre les intérêts généraux protégés dans la réglementation en la matière, ni les exigences découlant du principe du traitement national. Par conséquent, il résulte des dispositions de l'**article 61** que, au regard des droits de propriété industrielle et intellectuelle, de leur durée, validité, titularité et de leur contenu, etc., la *lex loci protectionis* conserve son caractère de règle de conflit impérative et non-dérogeable pour les parties. Seule la *lex loci protectionis* détermine spécifiquement si atteinte il y a ou non. Il s'agit d'un point de vue cohérent avec le fondement de la règle *lex loci protectionis* et les intérêts concernés dans ce domaine.

Article 57. Domaine de la loi applicable. La loi applicable à l'obligation extra-contractuelle régit notamment :

i) les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent ;

ii) les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et le partage de responsabilité ;

iii) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages ou la réparation demandée ;

iv) les mesures propres à assurer la prévention, la cessation ou la réparation du dommage ;

v) la transmissibilité, y compris à cause de mort, de l'action en dommages-intérêts ou en réparation ;

iv) les personnes ayant droit à la réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi ;

vii) la responsabilité du fait d'autrui ;

viii) le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension des délais de prescription et de déchéance.

354. La présente disposition détermine l'ensemble des matières régies par la loi qui gouverne les obligations extracontractuelles, en vertu des règles de conflit établies dans la section VI. L'énumération des matières ne revêt pas un caractère exhaustif, comme le démontre l'emploi de l'adverbe « notamment ».

L'énumération s'avère très importante afin de délimiter la portée des règles de conflit de cette section avec d'autres règles relatives à la loi applicable, et contenues dans la présente loi type sur des matières proches⁴⁴⁴. Par exemple, il est essentiel de délimiter la portée des dispositions figurant à l'**article 56** sur l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle au regard de la règle posée par l'**article 61**, figurant dans la section VII portant sur les biens et concernant les droits de la propriété intellectuelle.

355. Une disposition de ce genre est bien connue dans les instruments les plus avancés en matière d'obligations extracontractuelles. Peuvent être cités, comme précédemment, l'article 8 de la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière du 4 mai 1971 et l'article 8 de la Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973, élaborées dans le cadre de la Conférence de La Haye de DIPr. Une règle similaire existe également dans l'article 15 du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, qui unifie cette matière au sein de l'Union européenne.

356. Le critère de départ à prendre en compte est que l'ensemble des questions contenues dans le régime des obligations extracontractuelles sera déterminé par les règles de conflit prévues dans la présente section. Malgré le caractère purement indicatif de l'énumération, il a été décidé d'inclure une large liste afin de donner une valeur didactique à la règle et pour que sa signification soit utile à celui qui l'appliquera.

Parmi les questions formant le noyau de la matière régie par la loi applicable aux obligations contractuelles, se trouvent les règles qui déterminent s'il y a ou non responsabilité, dans quelle mesure et à quelle personne elle est imputable. Cela explique que la règle fasse référence expresse à l'existence et à la portée de la responsabilité, ainsi qu'à la détermination des responsables – pour leurs propres actes ou pour fait d'autrui – et l'étendue ou la limite de la responsabilité.

357. Les conséquences découlant de la responsabilité qui sont incluses dans la règle sont les mesures qui garantissent la cessation du dommage et sa réparation. Il s'agit, en particulier, des mesures concernant les dommages ou les indemnisations au profit de toute personne pouvant prétendre à réparation. Cela peut s'avérer important pour déterminer la qualité pour agir en action en réparation et pour la transmissibilité de ces droits.

Enfin, compte tenu que le mode d'extinction des obligations, ainsi que les règles de prescription et de déchéance, y compris les règles relatives au point de départ, à

⁴⁴⁴CONC. : Art. 142 de la loi suisse de DIPr ; art. 53 du projet uruguayen.

l'interruption et à la suspension des délais de prescription et de déchéance, il en résulte que les questions doivent être qualifiées comme des questions de fond et non comme des questions de procédure. De ce fait, elles seront régies par la loi applicable aux obligations extracontractuelles et non obligatoirement par la loi du for qui est la loi applicable au procès.

Section VII

Biens

Article 58. *Possession et droits réels.* 1. La possession, la propriété et les autres droits réels sur les biens meubles et immeubles sont régis par la loi de l'État dans lequel ils se trouvent.

2. La même loi régit l'acquisition, la modification et la perte de la possession, de la propriété et des autres droits réels, sauf dans le domaine des successions et dans les cas où l'attribution d'un droit réel dépend d'un rapport de famille ou d'un contrat. Le lieu de situation d'un bien s'entend de celui où se trouve le bien objet du droit au moment où intervient l'acte déterminant ces effets juridiques.

358. Les présentes dispositions se déclinent clairement en deux paragraphes séparés. Le premier établit la règle de conflit et son champ fondamental d'application. Le second paragraphe précise que le champ d'application de la règle comprend un autre ensemble de questions qui doivent être considérées comme appartenant au droit réel. En même temps, ce paragraphe apporte des solutions pour délimiter les règles de conflit qui régissent des champs connexes, comme les matières contractuelles, successorales ou familiales⁴⁴⁵. En outre, le second paragraphe apporte une règle spécifique relative au point de rattachement en vue de répondre au problème du « conflit mobile » qui revêt une importance particulière en matière de droits réels portant sur les biens meubles.

359. En droit comparé, l'adoption comme règle de conflit dans le domaine des droits réels sur les biens corporels, immeubles et meubles, de la règle *lex rei sitae* est généralisée. Dans le cas des biens immeubles, cette règle de conflit correspond à l'intérêt particulier de l'État sur sa souveraineté territoriale dans le domaine des ressources et, surtout, des biens immeubles. En outre, il favorise le *forum ius* qui, habi-

⁴⁴⁵CONC. : Art. 99 de la loi suisse de DIPr ; art. 3097 (Cc du Québec) ; art. 87 du code belge de DIPr ; art. 31 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 41 de la loi polonaise de DIPr ; art. 55 du projet dominicain ; art. 54 du projet bolivien ; art. 39 du projet uruguayen ; art. 49 du projet colombien.

tuellement dans ce domaine, prévoit des compétences exclusives sur le plan juridictionnel. L'application de cette même règle aux biens meubles est favorisée par des critères d'efficacité économique car elle joue un rôle très important dans la régulation du marché.

Conformément au paragraphe premier, la règle *lex rei sitae* régit les droits réels pouvant être constitués sur un bien, ainsi que leurs effets face aux tiers, y compris les formalités de publicité qui sont par excellence le moyen pour rendre un droit réel opposable aux tiers.

Bien que la *lex rei sitae* gouverne l'acquisition, l'altération et la perte des divers droits réels, le second paragraphe précise que ce ne sera pas le cas dès lors que de telles circonstances découlent d'une succession – dans la mesure où il faut s'en tenir à la loi applicable aux successions – ou dans les cas où l'attribution d'un droit réel dépendra d'un rapport de famille ou d'un contrat, ou de situations qui seront régis par les règles de conflit applicables en la matière.

360. La dernière partie du second paragraphe comprend une règle qui précise le point de rattachement au lieu de situation du bien afin de solutionner les cas de conflit mobile, et qui revêtent une importance singulière en rapport avec les droits réels sur les biens meubles. Le lieu de situation d'un bien est celui où se trouve le bien objet du droit au moment où intervient l'acte déterminant ces effets juridiques. Ce critère favorise la prévisibilité des opérateurs à une transaction et correspond à la fonction de régulation du marché qu'apporte le rattachement *lex rei sitae*, tout en apportant une sécurité des relations internationales.

Article 59. Droits réels sur les biens en transit. Les droits réels sur les biens en transit sont régis par la loi du lieu de destination.

361. La position particulière qu'occupent les biens qui sont en cours de transport, y compris ceux destinés à l'exportation, justifie que le lieu de situation du bien ne soit pas dans ce cas un critère satisfaisant pour déterminer la loi applicable⁴⁴⁶. Le concept juridique de « transit » n'a rien à voir avec le mouvement physique du bien, mais avec le fait que celui-ci se trouve en voie d'acheminement, même s'il arrive parfois que, pour des raisons techniques, ils soient entreposés dans des hangars, dans un port ou une gare. Dès lors que les parties constituent ou cèdent leurs droits réels sur des biens se trouvant dans ces situations, l'application de la loi du lieu de situation physique est une solution arbitraire et imprévisible pour les parties qui, dans la majorité des cas, ne connaissent pas le lieu de situation exact du bien. Dans ce cas, il est habituellement prévu d'appliquer une *lex rei sitae* fictive, tel que cela est pratiqué

⁴⁴⁶CONC. : Art. 101 de la loi suisse de DIPr ; art. 88 du code belge de DIPr ; art. 56 du projet dominicain ; art. 57 du projet bolivien ; art. 40.1 du projet uruguayen.

pour les moyens de transport, qui établit la loi du lieu où se portent les attentes juridiques des parties.

Pour ce faire, il est bien connu des divers systèmes de DIPr que les règles spécifiques relatives à la constitution, la transmission ou l'extinction des droits réels sur ces biens, se fondent sur le lieu d'origine ou le lieu de destination des biens en transit. Ce critère facilite une application anticipée de la loi de destination au regard des droits réels constitués sur ce type de biens.

Article 60. *Droits réels sur les moyens de transport.* Les droits réels sur les automobiles, les matériels roulant ferroviaires, les aéronefs ou les bateaux sont régis par la loi du pays de leur pavillon, de leur immatriculation ou de leur enregistrement.

362. Quant à la mobilité caractérisant les moyens de transport, il s'avère que le lieu de leur situation ne peut pas non plus constituer un critère approprié pour déterminer la loi applicable. Pour ce faire, il est retenu le critère général *lex rei sitae* qui prévoit que les droits réels sur les automobiles, les matériels roulant ferroviaires, les aéronefs ou les bateaux seront régis par la loi du pays de leur pavillon, de leur immatriculation ou de leur enregistrement. Il s'agit d'un critère prévisible et stable permettant de déterminer le régime juridique applicable⁴⁴⁷.

Article 61. *Droits de propriété intellectuelle.* Les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, sont régis par la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée.

363. La présente disposition impose à chaque État, au regard de sa propre législation et de façon impérative, à déterminer le régime des droits de la propriété intellectuelle. De ce fait, l'autonomie de la volonté est exclue. Il s'agit du même critère que celui établi par l'article 56 pour la loi applicable à l'obligation extracontractuelle qui découle d'une atteinte à un droit de la propriété intellectuelle y compris les droits de propriété industrielle⁴⁴⁸.

La règle applicable aux droits de la propriété intellectuelle, en vertu du présent article, s'étend aux questions relatives au régime de ces droits dans les situations

⁴⁴⁷CONC. : Art. 107 de la loi suisse de DIPr ; art. 89 du code belge de DIPr ; art. 43 de la loi polonaise de DIPr ; art. 57 du projet dominicain.

⁴⁴⁸CONC. : Art. 110 de la loi suisse de DIPr ; art. 93 et 94 du code belge de DIPr ; art. 34 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 46 et 47 de la loi polonaise de DIPr ; art. 58 du projet dominicain ; art. 59 du projet bolivien ; art. 64 du projet colombien.

transfrontalières non couvertes par l'article 56. Parmi elles, figurent les questions suivantes : les conditions qui déterminent si une création peut faire l'objet de protection (en particulier le degré d'originalité exigé) ou s'il peut être reconnu un droit de propriété intellectuelle ; la détermination de l'autorité et de la titularité des droits ; les biens objet de la propriété intellectuelle ; la catégorie d'œuvre entrant dans le cadre de la création ; le contenu, la durée et les limites des droits (moral et patrimoniaux) qui forment la propriété intellectuelle et industrielle (qui déterminent les actes constitutifs d'une atteinte) ; ainsi que certains éléments fondamentaux quant au mode de transmission de ces droits.

364. Le recours généralisé à la *lex loci protectionis* en droit comparé est lié, comme cela a été souligné, à certaines caractéristiques fondamentales portant sur les droits de la propriété industrielle et intellectuelle présentes dans les traités. Ces traités regroupent la réglementation internationale de ces droits tant dans le cadre de l'OMPI que de celui de l'OMC, en particulier la Convention de Paris, la Convention de Berne et l'accord sur les ADPIC.

365. La présence dans la présente loi de deux règles en matière de loi applicable dans le domaine des droits de la propriété intellectuelle entraîne une certaine fragmentation, mais l'élément de complexité que cela introduit dans le système s'avère atténué du fait que le critère de détermination de la loi applicable est le même dans les deux règles de conflit.

Le rattachement du critère *lex loci protectionis* avec la territorialité correspond traditionnellement à la nature impérative et absolue de la règle de conflit en matière de propriété industrielle et intellectuelle pour deux raisons principales. D'une part, il s'agit de l'une de caractéristiques fondamentales des droits de propriété industrielle et intellectuelle. D'autre part, il a un sens spécifique dans la régulation du marché ainsi que dans la conception des politiques nationales sur l'innovation, sur la protection des consommateurs et sur la culture de chaque pays. Par conséquent, la portée reconnue à l'autonomie de la volonté au titre de l'article 56.2, n'est pas contenue dans les matières régies par l'article 60.

Article 62. Droits sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en compte. Les droits réels sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en compte sont régis par la loi de l'État dans lequel est situé le compte principal, lequel s'entend de celui dans lequel sont effectuées les inscriptions correspondantes.

366. Le présent article comprend une règle spécifique pour déterminer la loi applicable aux droits réels constitués sur des valeurs représentées au moyen d'inscription en compte. L'existence de règles spécifiques en matière de loi applicable dans ce domaine s'avère particulièrement important au regard de la sécurité juridique et

répond au besoin d'établir des critères de mise en place de la règle générale *lex rei sitae* en matière de garanties financières⁴⁴⁹.

Précisément, la question est de savoir dans quel pays se trouve le bien pour pouvoir déterminer la loi applicable à l'existence et à l'efficacité des droits réels face aux tiers. Les ordonnancements les plus avancés ont imposé une solution fondée sur un critère largement accepté à l'échelle internationale pour déterminer la loi applicable aux droits du titulaire de compte de valeur : la règle PRIMA (*place of the relevant intermediary approach*) selon laquelle le lieu de situation de l'intermédiaire qui opère les inscriptions en compte est primordial.

367. À l'échelle internationale, cette règle est cohérente avec le critère adopté par la Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, élaborée dans le cadre de la Conférence de La Haye de DIPr, ainsi que dans les dispositions adoptées par l'Union européenne au titre de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 de juin 2002, concernant les contrats de garantie financière.

Chapitre II

Règles d'application

Article 63. Détermination de la loi étrangère. 1. Les tribunaux et autorités caribéennes appliquent d'office les règles de conflit du présent titre et celles stipulées dans les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Les tribunaux mettent en œuvre la loi désignée par les règles de conflit mentionnées au paragraphe précédent. À cette fin, le juge peut recourir :

- i) aux moyens indiqués par les conventions internationales ;**
- ii) aux opinions des experts du pays dont il convient d'appliquer la loi ;**
- iii) aux avis des institutions spécialisées en droit comparé ;**
- iv) à tout autre document qui établit la teneur, la positivité et l'applicabilité au cas d'espèce de ladite loi.**

3. Si, même avec le concours des parties, le juge ne parvient pas à établir la loi étrangère désignée, il applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. À défaut, la loi caribéenne s'applique.

368. Les règles de conflit, contenues dans la **section I du chapitre I du titre III** de la présente loi et dans les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie, sont

⁴⁴⁹CONC. : Art. 91 du code belge de DIPr.

considérées comme étant obligatoires et impératives, et seront d'office appliquées par l'interprète⁴⁵⁰.

Toute cette matière prend pour référence un postulat de base : la règle de conflit est obligatoire pour le juge, puisque il fait partie du droit positif du for qui, à son tour, doit appliquer la règle matérielle étrangère à laquelle il renvoie. Par conséquent, les indications du présent article sont impératives pour lui. La posture inverse consisterait à attribuer aux règles de conflit une double caractéristique : un caractère impératif quand elle désigne la loi du for et un caractère purement dispositif (*fakultatives kollisionsrecht*) dans les cas où elle renvoie au droit étranger⁴⁵¹. Dans une telle situation, si le juge du for n'applique pas d'office la règle de conflit de son ordonnancement, il laisserait à la simple volonté des parties ou à leur inexpérience ou mauvaise foi, la détermination de la loi applicable. Cela équivaudrait à une interprétation excessive de la fonction de la volonté des parties en DIPr, surtout dans les domaines d'application impérative⁴⁵². En outre, la configuration facultative des règles de conflit, contrairement au principe basique de l'équité, conduirait à l'absurde car des situations identiques seraient solutionnées de façon différente dans le même État, voire dans le même tribunal, selon que les parties auront ou non déclaré, de bonne ou mauvaise foi, l'application du droit étranger applicable.

Le libellé du paragraphe 1 du présent article présente un avantage technique évident : il ne laisse pas l'application de la règle de conflit du droit du for à la merci des parties, ou de l'une des parties, qui souhaiteraient ou non se prévaloir à leur guise du droit étranger. En reconnaissant la nature de *ius cogens* aux règles de conflit, si le juge qui examine les faits de l'espèce relève l'existence d'un élément d'extranéité, il sera obligé de l'appliquer même si cela renvoie à un droit matériel étranger.

Ce choix s'ajuste au droit comparé⁴⁵³, avec le code Bustamante dont l'article 408 impose, le cas échéant, aux juges d'appliquer d'office les lois des autres pays, conformément aux dispositions de la Convention interaméricaine sur les règles générales de DIPr de 1979 (article 2).

⁴⁵⁰CONC. : Art. 167, 168 et 169 de la loi panaméenne de DIPr ; art. 16 de la loi suisse de DIPr ; art. 14 de la loi italienne de DIPr ; art. 281.2 LEC (Espagne); art. 244 du code de procédure civile, administrative, économique et du travail de Cuba ; art. 3 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 10 de la loi polonaise de DIPr ; art. 59 du projet dominicain ; art. 11 du projet argentin ; art. 4 et 5 du projet mexicain ; art. 2, 145 et 146 du projet bolivien ; art. 2 du projet uruguayen ; art. 2 du projet colombien.

⁴⁵¹*Vid.* A. Flessner, "Fakultatives Kollisionsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 34, 1970, pp. 547–584 ; F. Sturm, "Facultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen", *Festschrift für K. Zweigert*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1981, pp. 329–351 ; K. Zweigert, "Zur Armut des Internationalen Privatrecht an Sozialen Werten", *Rabels Z.*, vol. 37, 1973, pp. 434–452.

⁴⁵²J. A. Carrillo Salcedo, "¿Alegaciones de Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el Juez español de la norma de conflicto española?", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIV, 1961, pp. 585–601.

⁴⁵³Art. 59 du projet dominicain, qui comprend un texte identique à celui de la disposition ici commentée. En Europe, *vid.* l'art. 16 de la loi suisse de DIPr de 1987 et les commentaires de B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^{ème} éd, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 42–50 ; art. 14 de la loi italienne de DIPr de 1995 et les commentaires de N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milan, Cedam, 1996, pp. 1035–1043 ; art. 60 de la loi vénézuélienne de DIPr : « Le droit

369. Deux questions procédurales mettent en cause indirectement, toutefois, l'impérativité de la règle de conflit⁴⁵⁴ prévue au paragraphe 1 du présent article :

i) Si les parties ne révèlent pas, voire même, dissimulent l'élément d'extranéité justifiant la mise en œuvre de la règle de conflit, dans ce cas, le principe dispositif empêchera le juge de rechercher et d'établir ces éléments de fait. Cependant, si le juge apprécie d'office qu'il existe des éléments d'extranéité susceptibles d'entraver la clarté et la précision de la demande, il devra le signaler dès le commencement de la procédure.

ii) Si un régime procédural de droit étranger est maintenu, l'impérativité de la règle de conflit s'en verra affectée alors que l'application du droit étranger n'est pas demandée par les parties, et que sa pertinence n'est pas démontrée. Dans ce cas, la loi caribéenne devra s'appliquer (paragraphe 3). L'impérativité de la règle de conflit peut impliquer *de facto* une solution identique en renvoyant au droit du for. Ainsi, si la règle de conflit désigne un droit étranger, les règles de procédure doivent permettre de choisir entre le droit étranger et le droit du for⁴⁵⁵.

Sur le fond de la demande d'interprétation des règles de conflit, la *lex fori*⁴⁵⁶ présente une vocation générale, comme l'a expliqué la jurisprudence française dans l'affaire *Bisbal*. La règle de conflit acquiert une nature et une portée diverse selon que le point de rattachement amène à l'application de la loi du for ou d'une loi étrangère. La règle de conflit s'avère obligatoire si elle soumet la solution du cas d'espèce à la loi du for, tout en conservant un caractère simplement dispositif si la loi étrangère est retenue. Le « *legeforismo* » de cette solution est difficilement applicable sur le

étranger sera appliqué d'office. Les parties pourront apporter des informations relatives au droit étranger applicable et les juridictions et les autorités pourront prendre toutes décisions en vue d'améliorer la connaissance de ce droit. » J.L. Bonnemaïson W., «La aplicación del Derecho extranjero», *Ley DIPr de 6 de agosto de 1998. Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, vol. II, Caracas, Cour Suprême de Justice, 2001, pp. 205–210. *Vid.* Jugement de la Cour Suprême de Justice, chambre civile de cassation, 16 janvier 1985, affaire *Gonçalves Rodríguez / Transportes Aéreos Portugueses (TAP)*, Ramírez & Garay, vol. 90, premier trimestre 1985, pp. 465–473.

⁴⁵⁴J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Madrid, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, pp. 138–139.

⁴⁵⁵J. C. Fernández Rozas, «Art. 12.6^o», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I., vol. 2^o, 2^{ème} éd., Madrid, Edersa, 1995, pp. 973–1082.

⁴⁵⁶L'arrêt *Bisbal*, sur lequel la Cour de Cassation française a statué, est un exemple classique de cette dernière alternative. Dans cet arrêt du 12 mai 1959, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre une décision par laquelle une séparation entre deux époux de nationalité espagnole devenait un divorce conforme aux lois françaises. L'épouse invoquait l'application d'office et non justifiée de la loi étrangère (loi espagnole), applicable au regard de la règle de conflit française alors en vigueur. La loi espagnole prohibait à l'époque le divorce. La Cour française a affirmé que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé » (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 62 *et seq.* et note de H. Batiffol ; *Journ. dr. int.*, 1960, pp. 810 *et seq.* et note de Sialelli ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006, pp. 284 *et seq.*).

plan rationnel. Si le législateur prévoit l'application d'une loi étrangère à un cas concret, c'est indéniablement parce que cela lui paraît plus approprié. Penser que la solution la plus juste se trouve dans l'application de la loi du for n'est pas justifié, outre le fait que cela s'avèrera moins coûteux, plus facile pour le juge et éventuellement favorable à l'intérêt des parties aux litiges. Une telle position omet totalement les intérêts des tiers dans le commerce international ainsi que le maintien d'une conception de la justice et de l'harmonie internationale des solutions propres aux États.

370. Le paragraphe second du présent article se réfère à la « conséquence de la règle de conflit » et peut être résumé par l'alternative suivante : application par le juge ou par l'autorité soit de la loi du for soit d'une loi étrangère. Bien que, en principe, ces deux options semblent placées sur un plan d'égalité, le processus d'application pratique de la règle de conflit conduit à maximiser les possibilités d'application de la loi du for. Malgré tout, le fait que la localisation renvoie au droit du for ne signifie pas que la situation de droit international privé sera traitée exactement de la même manière que s'il s'agissait d'une situation de droit interne. Comme en dispose **l'article 64**, l'interprète doit appliquer la *lex fori* au regard des circonstances spécifiques que l'élément international introduit.

L'application du droit étranger dans le for se situe dans la dernière phase de la méthode d'attribution et implique que le processus projetant de suivre la réglementation contenue dans la règle de conflit n'ait pas été dénaturé. Or, une telle application se heurte à une contradiction fondamentale entre le système du for et le système étranger car les deux sont des ordonnancements juridiques disposant d'une procédure différente. La règle *iura novit curia* n'intervient pas, en principe, pour le droit étranger. Cependant, le droit étranger ne peut pas être réduit dans une procédure à un simple fait, quelles que soient les hypothèses. Les faits, même une fois prouvés, continuent d'être des faits. Toutefois, le droit étranger dûment prouvé devient dès lors un véritable droit qui va être appliqué par le juge pour trancher le litige. De plus, le droit étranger a une place particulière dans la procédure car il apparaît comme un *tertium genus* entre le droit et les faits. Sa nature devant être garantie dans le cadre du procès, il doit être traité dans la procédure de façon spécifique en l'assimilant dans la procédure à des faits et, à d'autres occasions, à des règles juridiques nationales. Le paragraphe 2 du présent article confirme ce caractère procédural hybride donné au droit étranger car il se réfère à la nécessité de prouver le droit étranger ce qui démontre qu'il ne s'agit pas d'un simple fait mais bien d'une véritable source de droit, bien qu'ils doivent être « aussi » prouvés.

Il est indéniable que la singularité du processus de localisation s'explique par l'éventualité d'une application du droit étranger. Cette possibilité est communément admise dans les ordonnancements juridiques, toutefois il convient de préciser que :

i) Si la majorité des règles de conflit édictées dans la **section I, du chapitre I du titre III** de la présente loi emploie le terme « loi » ou le terme « droit », leur sens ne peut pas se limiter à la loi, mais concerne l'ordonnement ou la législation au sens large. La règle de conflit renvoie au droit étranger, et en inclut toutes ses sources

(Constitution, lois, règlements, coutumes, etc.) et cet ensemble normatif doit s'interpréter, tel que l'énonce l'article 64, de la même manière que le feraient les juges de l'État dont la loi est déclarée applicable.

ii) Concernant l'article 65 de la présente loi (*vid. infra*), il n'existe aucune limitation spéciale à l'application des règles d'un système étranger, selon leur nature « publique » ou « privée ». Le renvoi opéré par la règle de conflit se réfère au droit étranger qui doit régir la situation privée litigieuse, indépendamment de sa nature. Dans la pratique, l'application des règles matérielles étrangères de droit public revêt une véritable importance dans le domaine patrimonial des contrats internationaux et est soumis à un certain interventionnisme national. Sur ce point, la question repose sur l'application des dispositions impératives ou des règles d'ordre public économique de l'ordonnancement étranger, problème qui sera analysé dans le cadre du régime des obligations contractuelles.

iii) Il convient de différencier les cas d'application du droit étranger *stricto sensu* de ceux qui conduisent à « le prendre en considération » comme une simple donnée, comme un simple fait déterminant ou conditionnant l'application des règles de DIPr du for⁴⁵⁷.

371. Le droit des parties d'invoquer la loi étrangère, tel que prévu dans le présent article et tel que cela est confirmé dans l'article 64.1, n'empêche pas le juge de participer activement à la recherche du droit étranger pour son application. Toutefois, il convient d'analyser si la propre connaissance du droit étranger par le juge peut suppléer la charge de la preuve par les parties, voire même, son invocation⁴⁵⁸. Il est possible que, face à la passivité des parties, le juge mette en avant sa propre connaissance du droit étranger, à titre personnel, et il est possible, dans certains cas, que la culture juridique du juge lui permette de connaître le contenu du droit étranger sur certaines spécificités⁴⁵⁹.

Le présent article ne vise pas à permettre au juge de suppléer la preuve du droit étranger grâce à ses propres connaissances. Le droit étranger doit être prouvé et cette preuve est à la charge, en principe, des parties. Le juge peut prendre l'initiative de recueillir les moyens de preuves suffisants pour confirmer le contenu du droit étranger, indépendamment du fait qu'il le connaisse ou non par le biais de sa connaissance subjective, toutefois il ne peut pas suppléer la preuve nécessaire du droit étranger. La prise en compte factuelle du droit étranger jusqu'au moment où il sera prouvé, requiert que, dans la procédure, il existe un principe minimum de présentation des

⁴⁵⁷L. García Gutiérrez, "El 'doble escalón' del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable", *Pacificis artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2004, pp. 1547–1561.

⁴⁵⁸F.J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal*, Madrid, Tecnos, 1994.

⁴⁵⁹Art. 244 du code de procédure civile, administrative, économique et du travail de Cuba : « Il incombe à chaque partie de prouver les faits qu'elle affirme et ceux qu'elle oppose aux faits exposés par l'autre partie, ainsi que la positivité du droit étranger. Les faits qui sont de notoriété publique ou évidents seront appréciés sans avoir à présenter de preuve. »

preuves, ayant valeur de garantie constitutionnelle et qui évite que la décision du juge soit arbitraire. Pour ce faire, parmi les alternatives⁴⁶⁰, la solution adoptée dans la présente loi vise à permettre l'exercice de la fonction judiciaire grâce à une collaboration entre le juge et les parties.

372. Quant à la teneur de la preuve de la loi étrangère, l'article commenté exige « la positivité et l'applicabilité au cas d'espèce de ladite loi ». L'appréciation du degré d'intensité de la preuve revient aux juridictions. Ainsi, soit la simple citation isolée d'un article spécifique s'avère suffisante, soit il est nécessaire de fournir des moyens de preuve plus conséquents. Le principe de l'invocation par les parties doit être appliqué dans son intégralité non seulement en exigeant strictement des moyens de preuve, mais également en obtenant une certitude absolue quant à la teneur du droit étranger.

Si les parties n'invoquent pas la preuve du droit étranger ou manifestent une totale passivité sur ce point, la solution la plus adaptée sera que le juge prenne l'initiative de l'obtention de ladite preuve, sans toutefois rejeter la demande. Si les parties ont le droit d'invoquer et de prouver le droit étranger, et doivent bénéficier de la possibilité d'en débattre, cela ne signifie pas que le juge est obligé d'appliquer d'office la règle de conflit et de garantir que le litige sera tranché conformément au droit étranger allégué⁴⁶¹. Dans ce cas, les coûts découlant de l'établissement de la preuve seront mis à la charge du demandeur passif au titre de la condamnation aux dépens, et la sanction sera proportionnelle à son défaut d'initiative.

373. L'alinéa i) du paragraphe 2 du présent article commenté, permet au juge d'avoir recours à l'assistance judiciaire internationale et, en ce sens, il est obligatoire de se référer aux articles 408 à 413 du code Bustamante de 1928 dans le champ restreint d'application et à la Convention interaméricaine sur la preuve et l'information relative au droit étranger conclue à Montevideo le 8 mai 1979, et à laquelle ont adhéré l'Espagne, l'Argentine, la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela. Il s'agit d'un texte international élaboré au sein de la CIDIP-II qui met en place un système de coopération internationale entre les États membres en vue de l'obtention des éléments probatoires et de l'information relative au droit de chacun de ces pays. Ces éléments probatoires comprendront « le texte, la positivité, le sens et la portée juridique de son droit » (article 2) et seront insérés parmi les « moyens idoines » (article 3) tels que : a) la preuve documentaire, qui est constituée de copies certifiées de textes légaux avec indication de leur positivité ou de la jurisprudence ; b) la preuve expertale est constituée des rapports d'avocats ou d'experts dans la matière ; c) et les avis de l'État requis sur le texte, la positivité, le sens et la portée légale de son droit. Les demandes devront

⁴⁶⁰I. Zajtay, "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit comparé", *Riv. dir. int. pr. Proc.*, 1968, pp. 233–301 ; *id.*, "Problemas fundamentales derivados de la aplicación del Derecho extranjero", *Bol. Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XI, 1978, pp. 371–382.

⁴⁶¹S. Álvarez González, "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *Revista Española de Derecho Internacional.*, vol. LIV, 2002/1, pp. 205–223.

contenir une indication précise des éléments de preuve qui sont sollicités et consigneront chacun des points auxquels se réfère la consultation, en indiquant le sens et la portée de celle-ci accompagnée d'un exposé des faits pertinents pour leur bonne compréhension. La langue de la demande sera celle de l'État requis (article 5). Elle pourra être adressée directement par les autorités judiciaires ou au travers de l'autorité centrale de l'État requérant adressée à l'autorité compétente correspondant dans l'État requis, sans nécessiter de légalisation. L'autorité centrale de chaque État partie recevra les demandes formulées par les autorités de leur État et les transmettra à l'autorité centrale de l'État requis (article 7).

374. À défaut de coopération internationale les preuves du droit étranger pourront être produites selon les modalités admises par la législation du for. Parmi celles-ci, figurent la preuve documentaire et, de façon particulière, la preuve expertale.

i) La preuve documentaire s'avère être la plus opérationnelle, celle qui offre de meilleures garanties. Cette preuve n'est pas admissible au moyen d'actes sous seing privé ou de documents à caractère général, les collections législatives, les œuvres doctrinales, etc. Elle devra être établie par actes authentiques ou dressés par des officiers publics et susceptibles d'être produits à la procédure par des expéditions certifiées : a) par une autorité nationale habilitée à fournir cette information qui est habituellement enregistrée au Ministère de la Justice ; b) par des diplomates ou des consuls de l'État du for habilités par l'État dont le droit doit s'appliquer ; c) par des diplomates ou des consuls du pays en question, habilités dans l'État du for. Si ces certifications sont rapides et faciles à obtenir, elle présente toutefois l'inconvénient de ne jamais pouvoir déterminer la portée et le contenu de la règle étrangère, mais uniquement son texte littéral et, éventuellement sa positivité. Cependant, un tel inconvénient peut être corrigé en demandant l'information au pays étranger concerné ou en utilisant un réseau d'informations qui était prouvé à cet effet par l'autorité nationale en question. Cette preuve peut être suffisante en soi, dans nombre de cas, toutefois dès lors que le contenu de la règle étrangère ne requiert pas d'interprétation spéciale, la preuve documentaire sera plus que suffisante pour prouver la teneur de la réglementation.

ii) L'article commenté ici vise la possibilité de déterminer la teneur et la positivité de la législation étrangère à travers les « opinions des experts du pays dont il convient d'appliquer la loi ». Or, il ne fait aucun doute que la preuve par dire d'experts doit être traitée avec la plus grande prudence par rapport à la preuve documentaire, du fait de l'éventuelle « impartialité » de l'un des experts dont le concours a été demandé et qui est généralement rémunéré par la partie concernée. De ce fait, il faudra renforcer le contrôle de la compétence et de l'indépendance de l'expert, voire même il faudrait que le juge désigne librement l'expert au regard des garanties qu'il présente tant sur sa compétence que sur son indépendance. Quelques autres décisions se tarquent, toutefois, d'une plus grande flexibilité.

iii) Enfin, la preuve est admise au travers « des avis des institutions spécialisées en droit comparé ».

375. Le traitement tactique, aux fins de la procédure, du droit étranger pose un autre problème important : si une partie invoque une loi étrangère comme un fait et que l'autre admet expressément l'existence de cette règle, sans en apporter une interprétation différente, le tribunal peut-il considérer que l'existence de cette règle est établie sur le simple fondement des « faits admis » ? Une réponse positive n'est pas satisfaisante. Le juge ne peut pas construire son jugement sur une prétendue règle étrangère, seulement parce que son existence n'est pas remise en cause par la partie adverse. En outre, et dans un cas extrême, le juge va-t-il ne pas appliquer une disposition qu'il connaît, à titre personnel, uniquement parce que la partie devait la prouver et qu'il ne l'a pas fait ? La réponse dépend du fait que l'on puisse rechercher *ex officio judicis* ou que l'on suive une position plus conservatrice dans ce domaine. Si une partie prouve suffisamment l'existence, la teneur et la positivité du droit étranger, et si l'autre partie l'accepte, cette dernière est exonérée d'apporter la preuve. Toutefois et en définitive, il est exigé que la preuve soit suffisamment apportée par l'une des parties pour être considérée comme contradictoire. D'un autre côté, l'acceptation par la doctrine des faits admis permet, *de facto*, aux parties de transgresser les principes prévus par le législateur en matière de règle de conflit. La meilleure solution est que le juge, face à l'accord des parties sur le contenu du droit étranger, fasse valoir sa propre connaissance ou les consignes que son ordonnancement lui offre pour rechercher d'office le droit étranger. Cela pose la question générale quant à la participation du juge à la recherche du droit étranger, et la présente loi type lui ouvre cette possibilité.

376. Une fois posé le principe d'inapplicabilité d'office du droit étranger, il convient de vérifier s'il existe un mécanisme qui permet au juge de suppléer le défaut d'invocation du droit étranger ou de la preuve de son contenu par les parties. Sur ce point, le juge pourra diligenter un supplément d'information afin de connaître le droit étranger, ce qui ne constitue en aucun cas une obligation. Toutefois, en plus, il semble que ces mesures, compte tenu de leur nature et de la localisation de la procédure, et aussi souhaitables soient-elles, ne sont pertinentes que dans la mesure où les parties ont invoqué le droit étranger sans le prouver suffisamment. Par conséquent, il faudra toujours que les parties invoquent le droit étranger pour que le juge complète voire supplée la recherche de la preuve par les parties, tout en sachant que sa tâche se limitera strictement à cela. Les mesures visant à diligenter un supplément d'information ne peuvent pas se convertir, compte tenu de leur nature, en faits qui n'auraient pas été invoqués par les parties. Il convient de souligner le caractère restrictif qui amène à une telle interprétation. Une fois que le juge a déterminé, au moyen de l'application d'office des règles de conflit, l'applicabilité d'un droit étranger pour régir le litige, il devra être habilité à mettre en marche les mécanismes de preuve de ce droit, et ce indépendamment du fait que les parties l'aient ou non invoqué.

377. Conformément au principe d'impérativité de la règle de conflit, le droit étranger qui serait invoqué par les parties ou prouvé spécifiquement devrait être, à première vue, rejeté. En se basant strictement sur ce principe, la partie qui n'invoque pas ce principe ou qui ne parvient pas à prouver suffisamment le droit étranger sera déboutée de sa demande sans pouvoir présenter une nouvelle demande fondée sur

l'invocation et la preuve suffisante du droit étranger. Une telle solution serait très vraisemblablement contraire au principe de protection judiciaire effective, ce qui conduirait obligatoirement à une interprétation permettant de corriger le résultat.

Débouter une demande au motif exclusif qu'elle n'invoque ni ne prouve le droit étranger ne constitue pas une réponse sur le fond de la demande, mais une sanction de la conduite de la procédure par les parties qui semble disproportionnée et arbitraire eu égard aux conséquences imposant l'obtention d'une décision au fond. Dans tous les cas où le renvoi au droit étranger découle d'une règle de conflit d'origine conventionnelle, imposant son application d'office conformément à l'obligation internationale convenue, seul l'ordre public peut faire exception à l'application de la loi désignée par les règles internationales.

378. L'organe chargé de l'application peut se trouver dans l'impossibilité matérielle d'appliquer le droit étranger. Cette impossibilité, visée dans le troisième paragraphe du présent article, est absolue s'il s'avère qu'aucun point de rattachement à une norme de conflit ne peut être trouvé, dès lors que la réglementation étrangère présente des lacunes sur ce point ou si son contenu n'a pas pu être déterminé ou est largement contraire à l'ordre public. Dans ce dernier cas, il s'agit davantage d'une impossibilité légale ou morale plutôt que matérielle, tel que cela a été exposé dans le point précédent. L'impossibilité peut être partielle si elle ne porte que sur une partie des règles, relatives au litige, et qui seraient méconnues ou dérogées. Dans ce cas l'impossibilité matérielle d'appliquer le droit étranger ne s'appliquera qu'à ces aspects partiels de la situation. Le défaut de preuve du droit étranger n'implique pas en soi une impossibilité matérielle, vu qu'il peut dépendre de la volonté des parties ou de l'interprète, bien que ses conséquences puissent coïncider, comme nous le verrons, avec celles que produit l'impossibilité matérielle d'appliquer le droit étranger.

Dans ces situations, il s'agit de déterminer quel est le droit applicable dans le cas où la règle de conflit du for désigne un droit étranger et que le juge se trouve dans l'impossibilité de le connaître ou s'il s'agit d'un cas d'« impossibilité matérielle » d'application du droit étranger. Face à ce problème le juge a le choix entre deux solutions. La première solution consiste à rejeter purement et simplement la demande, ce qui est le plus simple mais qui, procéduralement, ne tranche pas le fond du litige. Cela peut avoir des conséquences évidemment injustes, non seulement en mettant en cause l'aspect juridique du droit étranger, mais également en s'exposant à un déni de justice. Dans la deuxième solution, le juge peut « être tenu » d'appliquer une loi différente. La question consiste, par conséquent, à désigner cette loi. Ce à quoi, trois réponses peuvent être apportées :

i) Il peut être considéré que ladite loi doit être déterminée par le juge lui-même sur la base des « principes généraux du droit communs aux systèmes en présence » à l'occasion du litige⁴⁶². Il ne fait aucun doute que cette construction implique un renforcement de la méthode comparée, en insistant sur les aspects communs des

⁴⁶²C'est la solution à laquelle l'arbitre Lord Asquith of Bishopstone est arrivé dans l'affaire des *concesiones petrolíferas de Abu Dhabi Oil, Int'l Comp. L. Q.*, vol. I, 1952, p. 247. *Vid.* Ph.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, pp. 27 *et seq.*

systèmes juridiques en présence. Toutefois, malgré une présentation attrayante, il convient de s'interroger sur l'opérativité c'est-à-dire sur le fait que ce qui s'avère facile en matière d'arbitrage, ne l'est pas autant pour le juge national qui se voit limité par son propre ordre juridique.

ii) Il peut être appliqué l'ordre juridique le plus proche. En cas d'impossibilité matérielle d'appliquer le droit étranger constatée par la règle de conflit, il faudrait s'en remettre à un ordonnancement de la même famille juridique, également sur la base du droit comparé. Il s'agit d'une solution intéressante dans une perspective théorique, mais irréaliste sur le plan pratique. Il est certain qu'il existe des systèmes juridiques présentant un degré élevé de mimétisme et de réception des autres droits, toutefois, les appliquer à ce type de cas peut conduire à un résultat purement procédural ou arbitraire voire même à des résultats contradictoires.

iii) Il peut être appliqué la *lex fori*. Cette conception a été maintenue à partir d'avis différents. Il est question, dans premier temps, d'une « présomption d'identité » par conséquent, cette thèse possède une relation directe avec l'argument qui vient d'être exposé. Toutefois, elle ne peut être opérationnelle que dans les pays anglo-saxons fondés sur la *common law*. De même, il est fait référence à la « compétence générale du droit du for »⁴⁶³. Enfin, il est davantage fréquent de se référer à l'éventuelle compétence résiduelle du droit du for ; la règle de conflit du for renvoie au droit matériel étranger, mais, dans le cas où il serait inexistant, c'est le droit du for qui complète le vide juridique avec ses propres règles matérielles⁴⁶⁴. Cette solution est celle adoptée par le paragraphe 3, *in fine*, du présent article commenté. Ce n'est pas en vain que la supériorité de la loi du for découle de raisons pratiques élémentaires du fait de sa réalité et, surtout, des facilités d'interprétation qu'elle représente pour le juge⁴⁶⁵.

Si le juge opte pour cette dernière solution, il doit toutefois, avoir la certitude qu'il s'avère impossible de connaître le droit étranger non pas par simple négligence de la partie ou d'une attitude frauduleuse⁴⁶⁶ et pour ce faire, il peut utiliser les moyens pertinents. Autrement dit, l'application de la *lex fori* sera possible uniquement si tous les moyens d'information sur le droit étranger ont été épuisés et, en outre, s'il existe une relation substantielle du cas d'espèce avec le for. Et, dans tous les cas, en dernier recours, il sera possible de s'en remettre à un « troisième droit » à travers l'utilisation de critères de rattachement de caractère subsidiaire selon le propre système de DIPr qui sera appliqué⁴⁶⁷.

⁴⁶³J. M. Bischoff, *La compétence du droit française dans le règlement des conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1959. *Vid. supra*, l'affaire *Bisbal*.

⁴⁶⁴A. Ehrenzweiz, *Private International Law*, I, 2^{ème} éd., Leyden, Sijthoff-Oceana, 1972, pp. 103–104.

⁴⁶⁵P. Gannagé, « L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63, I, 1989, pp. 205–240, spéc. p. 232.

⁴⁶⁶Cf. H. Batiffol, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63, I, 1989, p. 244.

⁴⁶⁷F.J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflictio...*, *op. cit.*, pp. 71–74.

Article 64. *Interprétation.* 1. Les juges et autorités caribéennes sont tenus de mettre en œuvre la loi étrangère comme le feraient les juges de l'État dont la loi est déclarée applicable, sans préjudice du droit des parties d'alléguer et prouver l'existence et le contenu de la loi étrangère invoquée.

2. La loi étrangère est appliquée selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps.

379. Le juge du for qui applique le droit étranger doit partir du principe de l'intégrité de cet ordonnancement juridique⁴⁶⁸. Conformément à la présente disposition, le juge doit s'« immerger » dans le système juridique étranger comme s'il était juge de ce pays⁴⁶⁹. De ce fait, le droit étranger doit être appliqué par le juge du for dans un contexte de pluralité de sources de ce système et le juge doit, également, prendre en compte la hiérarchie des sources là-bas en vigueur (paragraphe 1). En second lieu, il convient de procéder à une interprétation de la règle invoquée dans le respect des critères de ce propre système de droit étranger (paragraphe 2)⁴⁷⁰. L'intégrité du droit étranger invoqué comprend, en troisième lieu, le renvoi dit *ad extra* dès lors qu'il s'agit d'un État dans lequel coexistent différents systèmes législatifs (**article 70** de la présente loi type).

La localisation continue d'être le premier échelon du DIPr. La règle de conflit renvoie le règlement d'un cas d'espèce de nature internationale à des règles d'un droit national désigné. Toutefois, à un second échelon, ces règles matérielles nationales ne peuvent pas être appliquées sans prendre en compte l'internationalité du cas d'espèce. Son interprétation, son applicabilité et ses actes doivent s'ajuster à l'élément international. En outre, le second échelon à savoir l'application du droit

⁴⁶⁸CONC. : Art. 13.1 de la loi suisse de DIPr ; art. 15 de la loi italienne de DIPr ; art. 4 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 60 du projet dominicain ; art. 3 du projet mexicain ; art. 3 du projet uruguayen ; art. 4 du projet colombien.

⁴⁶⁹La question s'est posée de manière concrète dans la jurisprudence internationale lors de l'affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France. Dans son arrêt du 12 juillet 1929, la Cour permanente de Justice internationale a affirmé, après être arrivée à la conclusion qu'il était nécessaire d'appliquer le droit interne à un pays donné, que « [...] il ne semble guère douteux qu'elle [la Cour] doive s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur » (*CPJI, série A, n° 20–21, pp. 123–125.*). *Vid.*, également, l'arrêt rendu par la Cour de Rome le 13 septembre 1954 (*Anglo-Iranian Oil Company c. SUPOR.*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 519 *et seq.* et note de R. de Nova.

⁴⁷⁰Le paragraphe 2 de cette disposition reproduit l'art. 15 de la loi italienne de droit international privé de 1999 dans son intégralité. *Vid.* N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazional privato* (a cura di S. Batiatti), Milan, Cedam, 1996, pp. 1043–1045. *Vid.* art. 3 du projet mexicain : « La loi étrangère s'appliquera selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps. » ; art. 60 du projet dominicain, qui comprend un texte identique à celui de la disposition commentée. *Vid.*, également l'art. 14 du code belge de DIPr de 2004.

matériel d'un État déterminé, exige de réintroduire dans la réponse l'élément international du cas d'espèce.

380. Les pouvoirs du juge peuvent atteindre même la question de la validité constitutionnelle de la loi étrangère si, évidemment, dans l'ordre juridique étranger il existe un mécanisme de révision constitutionnelle. Dans ce cas, la position du juge du for reste conditionnée à la solution qui est donnée à la question de droit étranger invoquée, sans que l'inexistence dans son ordre d'un processus similaire n'ait d'influence⁴⁷¹. Poursuivant cette idée, il convient de répondre à une série de situations diverses :

i) Si un tribunal ou un organe politique de l'État étranger dont le droit est désigné par la règle de conflit du for, s'est prononcé avec effet *erga omnes* sur la validité constitutionnelle ou non de la règle invoquée, le juge du for doit trancher conformément aux critères retenus par ce tribunal ou cet organe politique étranger en incluant la question dans la problématique générale de la preuve du droit étranger, point qui sera abordé plus loin. La dernière raison d'une telle affirmation repose, d'une part, sur le fait que la juridicité de la règle invoquée dans le contexte de son propre ordonnancement juridique est une condition préalable à sa prise en considération⁴⁷² et, d'autre part, sur le fait qu'elle ne peut pas être appliquée par le juge du for⁴⁷³. Ainsi, le juge du for doit assumer, dans toute son ampleur, le résultat de la décision d'une cour constitutionnelle étrangère qui se prononce sur la constitutionnalité ou non de la règle invoquée⁴⁷⁴. Cette prise en compte ne découle pas de la soumission directe du jugement du tribunal étranger mais du mandat même qui est contenu dans la règle de conflit prévoyant d'appliquer le droit étranger dans son propre contexte, tel que l'auraient fait les autorités de ce pays en question.

ii) Dans l'hypothèse où la procédure de contrôle constitutionnel du droit désigné par la règle de conflit du for serait en attente de décision, il convient de suspendre la procédure dans le for, même si cela n'est parfois pas possible au regard des règles de procédure du for. Cela s'imposera chaque fois que le juge est tenu d'utiliser lesdites règles de vérification si se produisent les motifs justifiant la suspension. Dans tous les cas, la situation de litispendance qui existe dans l'État étranger doit présenter un intérêt pour le juge du for dès lors que la décision étrangère est susceptible d'affecter,

⁴⁷¹C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 255 et seq. ; R. M. G. de Moura Ramos, *Dereito internacional privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 242 et seq.

⁴⁷²G. Morelli, "Controllo di costituzionalità di norme straniere", *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milan, Giuffrè, 1957, pp. 171–183, spéc. pp. 171–174.

⁴⁷³H. Motulsky, "L'office du juge et la loi étrangère", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 362.

⁴⁷⁴C'est ce qu'a mis en évidence le jugement du 29 novembre 1989 du tribunal de grande instance de Dunkerque, à qui une réclamation de pension alimentaire avait été adressée suite à une séparation des époux. Le tribunal a admis d'office le lien que présentait cette affaire avec une décision de la Cour constitutionnelle italienne qui a déclaré inconstitutionnel l'art. 18 du code civil, qui établissait la loi nationale du mari comme étant la loi applicable aux relations personnelles entre des époux de différentes nationalités (*Journ. dr. int.* 1990, pp. 393 et seq. et la note de H. Gaudemet-Tallon).

d'une manière générale, la juridicité de la règle controversée. L'intérêt porte sur le fait que, bien évidemment, une procédure soit ouverte à l'étranger sur la constitutionnalité de ladite règle devant l'organe constitutionnel compétent et que le changement de la règle attaquée ait une incidence sur les organes en charge de l'appliquer et, finalement, sur le juge du for. Le critère déterminant pour ce dernier dépend de s'il estime que le système étranger peut suspendre l'application de la règle controversée jusqu'à ce qu'une décision sur sa constitutionnalité soit rendue⁴⁷⁵.

iii) La majorité des interrogations appelle une nuance sur le fait que la loi étrangère invoquée « pourrait être déclarée anticonstitutionnelle » dans le droit étranger si la cour constitutionnelle de ce pays ou un organe similaire en décide ainsi. Dans ce cas le juge du for est-il habilité à se prononcer sur l'anticonstitutionnalité de la règle, même si celle-ci n'a pas été déclarée comme telle dans le pays d'où elle provient ? Le présent article ne ferme pas cette voie qui est directement en lien avec les pouvoirs dont dispose le juge du for pour le contrôle de la constitutionnalité⁴⁷⁶. En tout cas, le mécanisme d'« immersion » dans un ordre juridique étranger va jusqu'à considérer que tant qu'une règle attaquée sera maintenue comme étant valable, elle conservera toute son efficacité juridique et sa force obligatoire pour le juge du for, jusqu'à ce qu'une décision contraire soit rendue par le système constitutionnel étranger⁴⁷⁷. Toutefois, dans certains systèmes constitutionnels cette solution n'est pas si claire et octroie un certain degré de validité à la règle attaquée. Dans ce cas, le juge du for devra prendre en considération la jurisprudence étrangère à cet égard et décider en conséquence.

381. Le paragraphe 1 *in fine* du présent article laisse aux parties le rôle d'invoquer et de prouver le droit étranger en prévoyant la possibilité pour elles « d'alléguer et de prouver l'existence et la teneur de la loi étrangère invoquée ». Il choisit donc de n'attribuer au juge qu'un rôle limité (*vid. supra*, **article 63.2**) dans la connaissance du droit étranger. De ce fait, d'une part, cela apparaît dans le dispositif parce que l'initiative revient aux parties et que leur action conditionne ensuite la mécanique postérieure de la procédure et d'autre part, la détermination concrète de la réglementation étrangère ainsi que sa preuve se réalisent au travers d'une collaboration entre le juge et les parties. En résumé, le juge est tenu de déterminer ou de vérifier d'office le contenu du droit étranger (**article 63.1**) tout en admettant l'éventuelle collaboration des parties, soit de par leur propre initiative, soit à la demande du juge.

⁴⁷⁵K. Siehr, "Diritto internazionale privato e diritto costituzionale", *II Foro italiano*, vol. XCVIII, 1975, pp. 7–16.

⁴⁷⁶R. Quadri, "Controllo sulla legittimá costituzionale delle norme straniere", *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, pp. 31–35 ; F. Mosconi, "Norme Straniere e controllo di costituzionalità e di legittimitá e di legittimitá internazionale", *Dir. int.*, vol. XIV, 1960, pp. 426–439 ; T. Ballarino, *Costituzione e Diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1974 ; K. Lipstein, "Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity", *British. Yearb. Int'l L.*, vol. 42, 1967, pp. 265–270.

⁴⁷⁷S.M. Carbone, "Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. I, 1965, pp. 685–696, spéc. pp. 690–691.

382. La seconde partie du paragraphe 2 du présent article fait référence au « conflit transitoire international ». Il s'agit d'un problème qui découle de la modification dans le temps des règles matérielles de droit étranger déclarées applicables par la règle de conflit du for⁴⁷⁸. Deux solutions sont présentées pour régler les conflits transitoires internationaux.

i) La première consisterait à appliquer les principes de droit transitoire de la *lex fori*, tout en considérant que seules les règles matérielles étrangères ont un caractère étranger du fait de leur origine. Une telle solution n'est pas acceptable car elle impliquerait une dénaturalisation de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for.

ii) Il convient donc d'opter, tel que le fait l'article ici commenté, pour l'application des dispositions transitoires du droit étranger. Il ne fait aucun doute que ce choix est une solution plus adaptée au « principe d'intégrité » du droit matériel étranger et au rôle limité, attribué à la règle de conflit du for. La fonction de celle-ci s'achève par la désignation du droit étranger invoqué, et la règle matérielle de ce droit (la *lex causae*) s'appliquera au cas d'espèce.

Or, l'application des règles de droit transitoire de la *lex causae*, admise comme un principe général, cèdera le pas en faveur de l'application des critères transitoires de la *lex fori* dès lors que matériellement il sera impossible de déterminer le contenu des dispositions transitoires de la loi étrangère, ou dès lors qu'elles seront susceptibles de contrarier l'ordre public international du for. Cette dernière situation peut particulièrement se produire si le législateur étranger à adopter des règles matérielles impératives ou des dispositions rétroactives, susceptibles d'atteindre certains droits individuels ou des principes juridiques solidement établis dans la *lex fori*, à savoir, qui sont d'ordre public.

Une autre circonstance qui, d'une façon générale, peut faire exception au principe d'application des dispositions transitoires de la *lex causae*, réside dans la mobilité de la situation de fait, dans le détachement du cas d'espèce du droit étranger à moment donné. Cette situation de fait peut expliquer l'inapplication des dispositions postérieures de la *lex causae* même si les règles de droit transitoire le détermine ainsi.

Une dernière exception de nature particulière et d'une importance singulière se produit en matière d'obligations contractuelles. Au travers de la technique d'« incorporation par référence » et compte tenu des motifs économiques, de convenance ou du degré de développement de certains ordonnancements, les parties contractantes peuvent insérer dans leur contrat un renvoi à des règles nationales ou à une convention internationale, telles qu'elles existent à un moment donné. De cette manière, elles insèrent dans leur contrat ces règles « par référence », comme si leur texte avait été rédigé par les propres contractants. Dans ce cas, la modification du droit étranger ou, le cas échéant, du régime conventionnel sera sans effet, puisque les parties ne désignent pas la loi applicable au contrat mais se contentent de

⁴⁷⁸P. Graulich, v°, « Conflit de lois dans le temps », *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. I, Paris, 1968, pp. 504–516.

« copier » les règles étrangères ou conventionnelles existant à un moment donné, comme s'il s'agissait d'un simple accord de volonté entre elles. Cet accord qui reprend les incorporations par référence sera sans effet, comme tout autre accord, s'il s'avère contraire à la loi qui régit le contrat.

Article 65. Droit public étranger. La loi étrangère désignée par la règle de conflit s'applique bien qu'elle soit contenue dans une disposition de droit public.

383. Bien qu'il existe des approches très diverses en DIPr classique, il a été systématiquement refusé d'intervenir dans le droit public quel que soit le domaine et y compris le droit public applicable. Une telle construction reposait sur trois arguments principaux. En premier lieu, la nature juridico-privée des questions objet de la réglementation en DIPr ne permettait pas de faire entrer dans le for le droit public étranger au risque de porter atteinte à la souveraineté nationale. En second lieu, la nature rigoureusement territoriale de ce bloc normatif conduisait à ne faire appliquer le droit public que par les juridictions de l'État dont il émanait. Enfin, le troisième argument se fondait sur l'ordre public⁴⁷⁹. À partir de ces arguments, il était prétendu que le DIPr ne se référait pas à tous les conflits de lois internationales dans l'espace, mais exclusivement à ceux qui survenaient entre des dispositions de droit privé. De ce fait, un fort courant doctrinal, conforté par de nombreuses décisions judiciaires, excluait les règles de droit public.

L'évolution doctrinale s'est largement manifestée et se présente en dent de scie, passant d'une argumentation « timide » pour réceptionner le droit public étranger⁴⁸⁰ et allant jusqu'à son admission très catégorique⁴⁸¹. Les travaux en recherche scientifique de ces dernières années ont tenté d'apporter une réponse à un phénomène caractéristique de la société contemporaine : l'interventionnisme de l'État dans la vie économique⁴⁸². Et la polémique doctrinale ne s'est pas avérée stérile mais très importante puisqu'elle a permis de trouver une application pratique⁴⁸³. Actuellement,

⁴⁷⁹Le tout sans oublier l'approche originale du juriste suédois T. Gihl, à partir de laquelle il nommait « lois politiques » les lois qui, en tant que telles, n'avaient pas selon lui d'application dans le for (cf. « Lois politiques et droit international privé », *Recueil des Cours*, t. 83 (1953–II), pp. 163–254).

⁴⁸⁰P. Fedozzi, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *Recueil des Cours*, t. 27 (1929–II), pp. 149 *et seq.* ; C. Freyria, « La notion de conflit de lois en droit public », *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1962–1964)*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 103–119.

⁴⁸¹R. Quadri, « Leggi politiche e diritto internazionale privato », *Studi Critici*, vol. II, Milan, Giuffrè, 1958, pp. 363 *et seq.* ; P. Lalive, « Sur l'application du droit public étranger », *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVII, 1971, pp. 103–142 ; *id.*, « Le droit public étranger et le droit international privé », *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1973–1975)*, Paris, Dalloz, 1977, pp. 215–245.

⁴⁸²A. Tuobiana, *Le domaine du droit du contrat en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1972.

⁴⁸³Ce que soulignait l'arrêt de la Cour fédérale suisse du 2 février 1954 (*Ammon c. Royal Dutch*, *Ann. Suisse dr. int.*, vol. XII, 1955, p. 279 *et seq.*) en évoquant le postulat traditionnel d'inapplicabilité du droit public étranger, « la portée de ce principe doit être précisée, car énoncé de manière si générale, il ne prend pas suffisamment en compte le fait que l'ordre juridique d'un État est un tout. Il est donc particulièrement nécessaire d'examiner sa justification interne. » Ce raisonnement a trouvé un écho

la position en faveur de l'application des règles de droit public étranger est unanime dans la doctrine, sauf quelques positions isolées⁴⁸⁴. Elle se reflète dans la résolution de l'Institut de droit international de Wiesbaden de 1975⁴⁸⁵ et est insérée dans l'article 6.1 de la loi polonaise de DIPr. Toutefois, cela doit être nuancé car derrière des problèmes de droit applicable, qui apparemment impliquent des règles de droit public étranger, se cache parfois un problème différent : la reconnaissance dans le for des actes publics étrangers ce qui déplace le centre de la question du domaine de la loi applicable vers le domaine de la reconnaissance des actes.

384. La distinction entre droit public et droit privé, dans le contexte de droit interne, est devenue floue et dénuée, en grande partie, de l'utilité qu'elle présentait par le passé⁴⁸⁶. Si aujourd'hui cette distinction présente uniquement un intérêt instrumental, ce serait une erreur de la préserver voire même de l'intensifier en DIPr. La doctrine scientifique contemporaine a opté pour cette position et met en évidence la résolution de l'I.D.I. En vertu de cette résolution, il s'avère évident que dans le contexte de droit comparé la distinction entre droit public et droit privé est teintée de relativité et marquée par sa nature évolutive. De même, il est évident qu'il existe une interpénétration constante entre ces deux versants du droit, comme conséquence des changements survenus dans les faits et les idées suite à l'interventionnisme de l'État, et particulièrement dans la réglementation et dans la protection des intérêts des individus ainsi que dans la gestion de l'économie.

Il s'avère pertinent de nuancer, également, l'affirmation traditionnelle selon laquelle le droit public a un caractère exclusivement territorial car la distinction entre droit public et droit privé n'a plus de valeur pratique. Il n'est pas vain, en marge de l'unité de l'ordonnancement juridique de chaque État, qu'une interpénétration réciproque des règles d'un groupe à l'autre se produise. La réalité démontre, en effet, que si le DIPr classique nie la possibilité d'appliquer le droit public étranger, cela obéit à des raisons très diverses, parmi lesquelles se distingue, de façon évidente, l'influence de la réglementation. Aujourd'hui, la révision se fonde sur l'interventionnisme croissant de l'État dans les domaines relevant habituellement du droit privé. Toutefois, cela n'est pas la seule raison de l'application des règles matérielles étrangères de droit public. Actuellement, pratiquement l'unanimité considère que l'un des motifs de cette ouverture réside, sans doute, dans la

dans l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 17 décembre 1958 (*Völlert, B.G.H.Z.*, 31, 367) car, après avoir considéré le refus traditionnel d'appliquer tout le droit public, le tribunal a procédé à la séparation des dispositions en fonction de leur finalité. Conformément à cette décision, « la situation juridique doit [...] être appréciée de manière différente si une restriction de droit public au droit de disposer sert non pas à harmoniser les intérêts de droit privé dignes de protection mais à atteindre des objectifs économiques ou politiques de l'État ayant imposé les restrictions en question. Dans ce cas, la disposition de droit public, en raison de son objectif différent, n'a plus de lien intrinsèque avec l'obligation privée qu'elle affecte. »

⁴⁸⁴M.C. Feuillade, "Aplicación del Derecho público extranjero", *Prudentia Iuris*, n° 73, 2012, pp. 83–115.

⁴⁸⁵*Institut de Droit International, Annuaire*, Session de Wiesbaden, 1975, vol. 56, pp. 219–278.

⁴⁸⁶J.C. Fernández Rozas, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo, éd. Gráficas Valdés, 1985, p. 40.

coopération croissante entre les États dans la réalisation des intérêts du commerce international et l'impact progressif du droit public sur le droit privé⁴⁸⁷.

385. Les conventions de la CIDIP sur le droit applicable visent le champ du droit privé, même si certaines d'entre elles reconnaissent la prise en compte de certaines questions propres au droit public, il n'en demeure pas moins que cela est envisagé sous l'angle de la procédure⁴⁸⁸. En tout cas, à la lecture de la Convention CIDIP sur les règles générales de 1979, il ne peut pas être considéré que ses dispositions sont exclusivement rédigées pour répondre aux questions portant essentiellement sur le droit privé⁴⁸⁹. Par ailleurs, il ne peut pas être ignoré non plus que cette question est expressément régie dans certains ordonnancements nationaux⁴⁹⁰ et que le présent article est rédigé de façon identique que l'article 61 du projet de loi de DIPr de la République Dominicaine de 2013.

386. Il convient de réitérer l'idée que l'application des règles étrangères de droit public, correspondant à la loi désignée par la règle de conflit, ne pose pas les mêmes problèmes que l'application du droit public étranger dans la reconnaissance de l'efficacité des actes et des décisions de justice établis à l'étranger. Cette question va au-delà du problème du choix de la loi applicable. Il ne fait aucun doute que, dans le choix de la loi applicable, les règles matérielles étrangères de droit public sont, souvent, adoptées en considération de l'ordonnement du for. Cela se passe pour la détermination de la nationalité étrangère qui s'érige comme point de rattachement de la règle de conflit. Pour être déterminée, il convient de prendre en compte le droit de la nationalité étrangère qui régit son attribution, son acquisition, sa perte, etc. En marge de cette situation et autres similaires, la « publicisation » du droit privé, notamment dans le domaine contractuel, permet d'appliquer les lois de police économique de l'ordonnement désigné par la règle de conflit. Dans le cas où elles ne seraient pas appliquées, il serait absurde de désigner la loi applicable à la matière et il serait porté atteinte dans la majorité des cas au principe d'application intégrale du droit désigné par la règle de conflit ou les règles prévues pour garantir la sécurité juridique. Il est également possible d'appliquer les règles de police économique relevant d'un État tiers, comme le prévoit l'**article 69** de la présente loi : « Les tribunaux caribéens peuvent, s'ils le jugent approprié, donner effet aux dispositions

⁴⁸⁷L. Trigueros, "Notas sobre los problemas de relación entre Derecho internacional privado y Derecho público", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Mexique, n° 14, 1982, pp. 213–222.

⁴⁸⁸V.gr. l'art. 16 de la Convention de la CIDIP sur les commissions rogatoires de 1975 établit que « Les États Parties à cette Convention pourront déclarer étendre les normes de cette dernière au traitement des commissions rogatoires en matière pénale, de travail, de contentieux administratif, d'arbitrage ou relevant d'une juridiction spéciale. De telles déclarations devront être communiquées au Secrétaire général de l'Organisation des États Américains. » L'art. 15 de la Convention CIDIP sur la réception de preuves à l'étranger de 1975 se positionne de manière identique sur ce point.

⁴⁸⁹V.C. García Moreno et C. Belair M., "Aplicación del Derecho público extranjero por el juez nacional", *Octavo Seminario de Derecho Internacional Privado*, Mexique, Unam, 1989, pp. 91–102, spéc. 101.

⁴⁹⁰Conformément à l'art. 13.2° de la loi suisse de DIPr de 1987 : « L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public. »

impératives d'un autre État avec lequel le rapport de droit a des liens étroits ». Pour décider s'il faut donner effet aux dispositions impératives, il faudra prendre en compte la nature, l'objet ainsi que les conséquences qui découleront de son application ou non application.

En pratique, l'application des règles matérielles étrangères de droit public recouvre toute son importance dans le domaine patrimonial des contrats internationaux qui sont soumis à un certain interventionnisme de l'État. Sur ce point, le problème se situe dans l'application des dispositions impératives ou des règles d'ordre public économique de l'ordonnancement étranger, problème qui, en tant que tel, est visé par l'**article 69** de la présente loi. Par ailleurs, l'application d'office du droit étranger par le juge et la résolution de la difficulté d'accès de la loi étrangère qui conduisent à sa pleine application nécessitent également que la connaissance du droit public étranger puisse être officieuse⁴⁹¹.

Article 66. Adaptation. Les diverses lois qui peuvent être désignées pour régir les différents aspects d'un même rapport de droit s'appliquent en s'ajustant mutuellement de manière à atteindre les objectifs poursuivis par chacune de ces législations.

Les éventuelles difficultés de cette mise en œuvre simultanée sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce.

387. L'adaptation⁴⁹² a été, durant de nombreuses décennies, un exemple paradigmatique de certaines insuffisances de la méthode conflictuelle⁴⁹³ et, en même temps, elle a démontré que la flexibilité des techniques de solution permet d'apporter une réponse appropriée aux relations privées internationales⁴⁹⁴. Ce n'est pas en vain qu'il a été considéré qu'entre la technique d'adaptation et la technique même des règles matérielles de DIPr, la distance n'est pas particulièrement significative⁴⁹⁵.

Sans doute la réglementation la plus connue quant à l'adaptation se trouve dans l'article 9 de la Convention CDIP sur les règles générales de DIPr de 1979. Cet article a été introduit à la demande de la délégation vénézuélienne de la CIDIP dans le but de se rapprocher des systèmes anglo-américains et de surmonter les « disparités imprévisibles en vue de résoudre les problèmes de DIPr ». Il a été présenté comme étant la « réponse adéquate » aux critiques faites à l'emploi de règles indirectes dans cet

⁴⁹¹A. Bucher et A. Bonomi, *Droit international privé*, Basilea, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 119.

⁴⁹²CONC. : Art. 10 du code panaméen de DIPr ; art. 12 du projet de code argentin de DIPr ; art. 5.f du code modèle de DIPr mexicain ; art. 62 du projet dominicain ; art. 7 du projet bolivien ; art. 11 du projet uruguayen.

⁴⁹³Ph. Francescakis, *Le théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, pp. 52–53.

⁴⁹⁴N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 12.

⁴⁹⁵A.E. von Overbeck, "Les règles de droit international privé matériel", *De conflictu legum. Essays presented to R.D. Kollwijn / J. Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, pp. 362–379, spéc. p. 364.

ordonnancement⁴⁹⁶. La teneur de l'article 9 a été insérée, avec des modifications de nuance, dans l'article 14 IV du CCDF⁴⁹⁷ et l'article 7 de la loi vénézuélienne de DIPr de 1998, à la seule différence que cette dernière emploie le terme « droits » au lieu de « lois ». Mais en marge de cette cohérence du législateur interne du Venezuela, qui est également présente dans l'avant-projet mexicain de DIPr il convient de souligner l'accueil favorable que lui ont réservé les huit autres pays latino-américains parties à la Convention : l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay⁴⁹⁸. Conformément à l'article 9,

« Dès lors que différents aspects d'un même rapport de droit sont régis par divers droits, ceux-ci seront appliqués en s'ajustant mutuellement de manière à atteindre les objectifs poursuivis par chacun de ces droits. Les éventuelles difficultés de cette mise en œuvre simultanée sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce. »

La teneur de la disposition, qui est parvenue à constituer l'une des meilleures performances du DIPr interaméricain⁴⁹⁹, préconise de revenir sur une question classique dans cet ordonnancement, sous une approche essentiellement eurocentriste et que se pose la doctrine en Amérique latine, afin de mentionner les possibilités offertes par la règle dans la réglementation des relations internationales dans la zone OHADAC.

388. Cette règle de conflit vise *in fine* à localiser ou à désigner le droit étranger applicable. La résolution du cas d'espèce, y compris le processus de choix des règles matérielles du droit étranger devant être appliquées conformément aux catégories de cet ordonnancement, est une question qui ne concerne pas le droit du for, tel que cela se passe dans le cas de renvoi à un État plurilégislatif. Pour cette raison, et dans un sens strict, les « conflits de qualification » se produisent seulement dans des cas d'inadaptation entraînant l'application de diverses règles de conflit du for renvoyant à plusieurs droits matériels. Dans ce cas, et particulièrement dès lors qu'il convient

⁴⁹⁶G. Parra Aranguren, "La Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 157–186, spéc. p. 184.

⁴⁹⁷Concernant le processus d'introduction de cette disposition dans le code civil du District Fédéral (CCDF en espagnol) lors de la réforme de 1988 et le rôle qu'a joué l'Académie mexicaine de droit international privé *vid.* l'étude de J.A. Vargas, "Conflictos de leyes en México: las nuevas normas introducidas por las reformas de 1988" (traduction publiée dans *The International Lawyer*, vol. 28, n° 3, 1994), *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 26, 1996, pp. 619–656, spéc. pp. 646–647 ; V.C. García Moreno, "Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de Derecho internacional privado", *Libro homenaje a Haroldo Valladão. Temas de Derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 187–212, spéc. pp. 197–198.

⁴⁹⁸L'art. 5.f du code modèle mexicain de droit international privé traite de manière complète des problèmes généraux mentionnés précédemment. *Vid.* L. Pereznieta Castro, "Anteproyecto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Derecho internacional privado", *Revista Mexicana de Justicia*, vol. V, n° 1, 1987, pp. 168 *et seq.* Concernant la République Dominicaine, l'art. 62 de son avant-projet de loi de DIPr de 2013 comprend un texte identique à celui du principe commenté du projet OHADAC.

⁴⁹⁹W. Goldschmidt, "Un logro americano en el campo convencional del Derecho internacional privado", *El Derecho* (Buenos Aires), n° 4763, 24 juillet 1979, p. 3, qui indique les avantages d'une rédaction extensive de cette disposition.

d'appliquer, à un moment donné et au même litige, la *lex fori* et un droit étranger, il s'agit d'apprécier le jeu décisif opéré entre les catégories et les règles de mise en œuvre du droit de la juridiction saisie.

Contrairement à la résolution des relations strictement internes pour laquelle l'ordre juridique de chaque État garantit la cohérence des institutions, une telle cohérence est beaucoup plus complexe dans le cadre des relations internationales de droit privé, du fait du rôle de plus en plus important des conventions internationales⁵⁰⁰.

La technique connue en DIPr sous le nom d'« ajustement » ou d'« adaptation » répond, en effet, au problème de l'incompatibilité des règles appartenant à diverses catégories et devant être appliquées simultanément. Cette technique comporte une opération d'intégration de règles de droit étranger dans le for, soit à travers une interprétation adéquate du droit matériel soit grâce à une adaptation de la règle de conflit pour que celle-ci puisse compénétrer le droit matériel, même si les deux techniques intègrent des éléments communs. Cette technique n'a pas été très suivie dans les réglementations de DIPr, alors qu'elle a été très utilisée par la jurisprudence.

389. Sous la rubrique générale de « techniques d'ajustement ou d'adaptation » sont généralement compris différents recours répondant, à leur tour, à divers problèmes dont la délimitation a suscité un débat conceptuel relativement stérile. Il convient de partir de la distinction entre les cas donnant lieu à l'adaptation au sens strict et ceux nécessitant la « substitution » ou la « transposition » d'institutions. Ces derniers se fondent sur la théorie de l'équivalence⁵⁰¹ qui, en DIPr, est applicable également au problème de la « question préliminaire », c'est-à-dire quand dans la solution du rapport juridique il existe une question préliminaire régie par une loi matérielle différente de celle applicable à la question principale⁵⁰².

La substitution et la transposition possèdent un élément commun avec l'adaptation au sens strict : elles interviennent pour l'application partielle des lois matérielles différentes dans un cas identique de relation de droit international privé⁵⁰³. Toutefois, il

⁵⁰⁰J.C. Fernández Rozas, «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 25, 2009, pp. 9–44.

⁵⁰¹*Vid.* Ph. Malaurie, «L'équivalence en droit international privé», *Recueil Dalloz*, 1962, chronique, xxxvi, pp. 215–220. *Vid.* également, M. Jorge, «La loi étrangère devant le juge du fond: Accord procédural et équivalence des lois», *Études en l'honneur de Mme. Collaço*, Coimbra, Almedina, vol. I, 2002, pp. 217 *et seq.* ; H. Gaudemet-Tallon, «De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé», *Le droit international privé: esprit et méthodes: mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 303–325 ; C. Engel, «L'utilité du concept d'équivalence en droit international privé», *Annales de Droit de Louvain*, vol. 66, 2006, pp. 55–95.

⁵⁰²E. Pecourt García, «Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Español y Americano*, n° 14, 1966, pp. 11–60, spéc. p. 20.

⁵⁰³Dans la jurisprudence mexicaine, il est essentiel de se référer au vieil arrêt de la Cour Suprême de Justice de la Nation (SCJN en espagnol) du 25 juillet 1940, qui affirmait que l'institution du *trust* anglo-saxon, bien qu'elle soit différente de l'institution du fidéicommiss réglementée au Mexique, présentait indubitablement un degré d'équivalence (J.A. Silva, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México*, Mexique, Porrúa, 1999, p. 192 et pp. 548–549, dans lequel le texte de la décision est reproduit).

existe une différence fondamentale en raison de leur origine. Pour les deux, l'institution étrangère à prendre en considération doit, dans tous les cas, présenter des conséquences similaires à celle du for tant du point de vue de sa formation (union homosexuelle, mariage polygame...) que sur le plan de ses effets. Il s'agit de vérifier si dans le droit étranger la relation en question est susceptible de produire des conséquences similaires à celles qui sont demandées au juge du for. Cela revient à appliquer deux lois d'application successive. Au contraire, l'adaptation intervient entre des normes matérielles concurrentes et contemporaines. Il est logique que la réponse à cette question soit principalement casuistique et dépende des lignes jurisprudentielles suivies dans chaque système particulier du DIPr.

À juste titre, il a été proposé que les cas concrets de transposition et de substitution soient traités ensemble à partir de la notion d'« équivalence ». Cette notion présente également une importance dans d'autres secteurs du DIPr avec un contenu et une portée différents : étant ciblée sur le conflit de lois, il est préférable de la dénommer « équivalence formelle ». En termes généraux, cela suppose d'attribuer, dans le droit du for, des effets à des concepts et des catégories qui, même s'ils diffèrent techniquement d'un autre ordre juridique, dans les deux, remplissent une fonction juridique similaire ou équivalente⁵⁰⁴. Cela revient à présumer que sur le même type de question juridique, les diverses réponses contenues dans les lois en présence sont également acceptables d'un point de vue de la justice matérielle et, de ce fait, il n'existe pas d'obstacle pour sa réception par le droit du for. Ainsi conçue, l'équivalence renforce le caractère « neutre » de la règle de conflit, dans le sens où la désignation du droit applicable s'effectue uniquement en fonction des liens inhérents au rapport juridique et, au lieu d'éliminer le mécanisme conflictuel, elle le renforce⁵⁰⁵. Cette solution peut être considérée comme valable car la règle juridique, en définitive, est conditionnée par une réalité sociale. Et l'équivalence met précisément en relief ce qu'il y a de commun dans cette réalité, dans le contexte de systèmes différents, malgré l'apparente contradiction entre les éléments configurant la technique du droit. Il ne pourra pas être trouvé de solution aux relations de droit international privé si l'un quelconque des effets juridiques qui en découlent, peut être régi conformément aux critères juridiques applicables dans le for⁵⁰⁶.

390. Les solutions, pour les cas d'adaptation à proprement parler, sont d'une plus grande complexité. En principe, il existe trois alternatives que le juge peut utiliser pour trancher l'éventuel litige normatif entre deux systèmes juridiques étrangers :

i) Appliquer la *lex civilis fori* par laquelle le juge élimine de façon définitive la discordance entre les deux ordres juridiques étrangers. Une telle réponse trouve sa justification dans les systèmes conflictuels en principe liés à l'application du droit étranger dans le for. Dans ce cas, s'il s'avère impossible d'appliquer un système

⁵⁰⁴En France, arrêt de la *Cour de Cassation (1^{er} ch. civ.)*, 13 avril 1999 (*Compagnie Royale belge*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 698 *et seq.* et note de B. Ancel et H. Muir-Watt ; *Journ. dr. int.*, 2000, p. 315 *et seq.* et note de B. Fauvarque-Cosson.

⁵⁰⁵Cf. B. Ancel et H. Muir-Watt, nota citada, pp. 700–701.

⁵⁰⁶Cf. A. Bucher et A. Bonomi, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 146.

étranger, le juge doit appliquer la *lex fori* à titre de « compétence résiduelle ». Et bien sûr, une telle réponse trouve sa justification dans les systèmes *legeforistas*⁵⁰⁷. Par ailleurs, des arguments relativement convaincants ont été produits et justifient la position négative d'une interprétation stricte de la fonction judiciaire dans le DIPr. Il est prétendu que le juge n'est pas habilité à procéder à une éventuelle adaptation entre les systèmes matériels étrangers désignés applicables par les règles de conflit du for, ni à cesser d'appliquer une règle de conflit du for au bénéfice d'une autre, soumettant au droit désigné par cette dernière la totalité des problèmes objet de la décision. Par conséquent, vu que la fonction judiciaire consiste à appliquer le droit, et non à le créer, le problème dépasse le mandat donné au législateur compris dans les règles de son propre système de DIPr, à moins qu'une règle expresse dudit système attribue au juge un pouvoir ou un mandat exprès lui permettant de réaliser l'opération d'adaptation.

ii) Modifier l'application des règles de conflit du for, en éludant un des systèmes étrangers, de sorte que le juge soumette l'affaire dans son intégralité à l'un d'eux en excluant l'autre ; *v.gr.*, en choisissant de considérer qu'il s'agit d'un problème de régime matrimonial ou qu'il s'agit d'un problème strictement successoral. Plus concrètement, le juge retient une règle de conflit et écarte l'autre, il décide de soumettre les deux questions à un même ordre juridique, tout en donnant prévalence à l'une des règles de conflit et en garantissant, de la sorte, la cohérence de la réglementation finale. Toutefois sur ce point, la doctrine n'est pas sereine pour justifier le choix. Certains donnent la préférence à la première des règles de conflit ayant opéré dans le temps (dans ce cas, celle qui est relative au régime matrimonial) et d'autres choisissent exclusivement la règle de conflit qui renvoie au droit dernièrement applicable, à savoir celui qui porte sur le problème que le juge est en train de trancher (la loi relative à la succession), en suivant des constructions propres au conflit mobile⁵⁰⁸.

iii) Modifier les droits applicables en réalisant un travail d'adaptation, à travers une application partielle par le juge de chaque système en contradiction, tout en accordant des effets déterminés par chacun d'eux ; *v.gr.* face à la contradiction « conjoint survivant / successions », il peut attribuer des droits propres au régime matrimonial de la famille reconnus par une loi ou par un système étranger et les droits

⁵⁰⁷A.A. Ehrenzweig, *Private International Law*, I, 2^{ème} éd, Leyden, Sijhoff-Oceana, 1972, pp. 103–104.

⁵⁰⁸L'arrêt de la Cour suprême espagnole du 30 juin 1960 a certes apporté une solution au problème suscité par l'affaire *Tarabusi* en déclarant que le droit étranger revendiqué en matière successorale n'ayant pas été prouvé, les règles espagnoles concernant le régime matrimonial des époux seraient appliquées. Mais bien que cela ait été le *ratio decidendi* de tout le raisonnement de la Cour, il y avait une demande d'inclure l'ensemble des problèmes (régime matrimonial des époux et successions) à la règle de conflit en matière de successions en tant qu'ordre juridique applicable en dernier. Dans le système espagnol, cette voie est suivie par l'art. 9.8 *in fine* du Cc espagnol, suite à sa nouvelle rédaction introduite par la loi 11/1990, du 15 octobre 1990. Elle soumet les droits successoraux du conjoint survivant à la même loi que celle qui régit les effets économiques du mariage. Cette solution n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine espagnole car il lui est reproché d'être excessivement rigide et de ne pas traiter des détails du cas d'espèce.

successoraux en vertu de l'autre système, et ce afin d'avoir un résultat final approprié⁵⁰⁹. Le juge peut, pour éviter de telles distorsions, rechercher une solution *ad hoc*, en conciliant les droits matériels en jeu, par la compensation des droits perçus au regard des deux ordonnancements, par exemple.

De par le présent article commenté, dès lors que des problèmes d'adaptation surviennent, il est facile de modifier la règle de conflit ou les règles matérielles successives ou simultanément applicables pour qu'il puisse tenir lieu de réglementation harmonieuse et cohérente de la situation de droit international.

Article 67. Exclusion du renvoi. La loi étrangère désignée par la règle de conflit s'entend de ses dispositions de droit matériel, à l'exclusion du renvoi que ses règles de conflit feraient à un autre droit, serait-il le droit caribéen.

391. Parmi les autres choix qui ont jalonné l'histoire doctrinale du DIPr et qui se sont matérialisés dans les divers systèmes nationaux et ont été insérés dans nombre de conventions internationales, le présent article opte pour une solution radicale⁵¹⁰. Le renvoi au droit étranger porte exclusivement sur le droit matériel, et non sur les règles de conflit du droit étranger. Ce principe s'oppose à la technique connue du « renvoi » par laquelle la règle de conflit du for renvoie à un droit étranger et à la prise en compte ou l'observation des règles de conflit de ce système étranger. Si ces règles renvoient à la loi du for, il s'agira d'un cas de renvoi au premier degré. Si, au contraire, elles renvoient à une loi tierce, il s'agira d'un renvoi au second degré⁵¹¹. Les deux solutions sont exclues de la présente disposition.

L'avantage du renvoi consiste à respecter le droit étranger de manière que le juge tente de trancher le litige comme le juge du pays dont le droit a été désigné applicable. Le renvoi présente l'inconvénient d'être un instrument dédié à suppléer la recherche de législation susceptible de régir une situation précise de droit international privé. Toutefois, dans de nombreux cas, il est loin de remplir cette mission et peut compliquer la tâche des juges et conduire à des solutions imprévisibles et injustes.

Toutefois, nous nous trouvons face à une technique formaliste qui se justifie par la commodité ou l'intérêt de faciliter une application préférentielle de la loi du for, au risque de trahir le propre sens de ses règles de conflit (*vid supra*, **article 64**). S'il est souhaitable d'appliquer la *lex fori*, il s'avère beaucoup plus pratique d'utiliser

⁵⁰⁹V. gr. dans l'affaire *Tarabusi / Tarabusi* les droits de la veuve lui sont attribués au titre du régime des biens et à titre successoral, étant entendu que le régime applicable tout au long du mariage est celui de la communauté réduite aux acquêts.

⁵¹⁰CONC. : Art. 14 de la loi suisse de DIPr ; art. 3080 (Cc du Québec) ; art. 13 de la loi italienne de DIPr ; art. 6 du code panaméen de DIPr ; art. 5 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 10 du projet argentin ; art. 63 du projet dominicain ; art. 5 du projet bolivien ; art. 12 du projet uruguayen ; art. 6 du projet colombien.

⁵¹¹L'art. 21 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de protection des enfants présente également un cas exceptionnel de renvoi de deuxième degré, qui, à l'intérieur de l'espace OHADAC, n'a d'effet qu'en République Dominicaine.

d'autres techniques, comme *v.gr.* celles contenues dans l'article 69 et d'exprimer sans ambages cette préférence. Si déjà la réponse de la règle de conflit du for crée une incertitude au moment de déterminer la loi substantielle applicable, cette incertitude redouble après la mise en marche de la règle de conflit étrangère. Et, de plus, la règle de conflit qui met en marche le mécanisme du droit applicable est une règle de conflit du for et non une règle de conflit étrangère⁵¹². Il ne faut pas s'étonner que déjà en 1900, une institution de prestige, l'Institut de droit international, avait déclaré lors de sa séance de Neuchâtel de 1900 : « Quand la loi d'un État règle un conflit de lois en matière de droit privé, il est souhaitable qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce, et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit ».

392. Dans les législations modernes de DIPr, particulièrement dans le cadre de l'Union européenne⁵¹³, l'exclusion est expresse comme l'est également, en Amérique latine, la Convention CIDIP sur le droit applicable aux contrats internationaux de 1994, dont l'article 11 dispose qu'« Aux fins de la présente convention, il est entendu que le terme « droit » se réfère au droit en vigueur dans un État, et exclut les règles relatives au conflit de lois »⁵¹⁴. Dans de nombreux textes conventionnels, l'application du droit matériel étranger, avec exclusion des règles de DIPr, est implicite soit parce qu'ils se réfèrent à la « loi interne », soit parce qu'ils ont coutume de prévoir que l'application de la loi désignée par les règles de conflit « ne pourra être écartée dès lors que ladite loi sera manifestement incompatible avec l'ordre public ». *A sensu contrario*, il ne sera pas possible de ne pas appliquer la loi désignée par une convention en vertu d'autres correctifs fonctionnels, tels que le renvoi. De surcroît, la convention CIDIP sur les règles générales de 1979 ne traite pas l'institution qui est analysée ici. Enfin, il convient de signaler qu'il existe déjà des législations nationales qui excluent le renvoi. Tel est le cas de l'article 2048 du code civil péruvien ou de l'article 16 du code belge de DIPr de 2004, « sous réserve des dispositions particulières telles que les successions immobilières (article 78.2) ou des personnes morales (article 110). » L'exclusion de cette institution peut uniquement s'expliquer par le rôle important qui est conféré à la résidence habituelle.

Dans, certainement, de nombreux pays de la zone OHADAC, le maintien de la technique du renvoi s'explique davantage par l'immobilisme du passé, souvent fondé sur des conceptions doctrinales en déclin, que par le choix d'une solution appropriée

⁵¹²R. Dávalos Fernández, "La aplicación del Derecho extranjero", *Revista Jurídica. Ministerio de Justicia*, La Havane, n° 12, juillet / septembre, p. 32.

⁵¹³Cette option a été mise en place avec la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, alors que ce texte international a exclu toute possibilité de renvoi. Son art. 15 établit que lorsque ses règles prescrivait « l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé. » De la même manière, cette exclusion a été maintenue par le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles (art. 20), le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (art. 24), le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (art. 12) et le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (art. 11). En revanche, et bien que cela soit très discutable, le législateur européen a repris la notion de renvoi à l'art. 34 du Règlement (UE) 650/2012 en matière de successions.

⁵¹⁴Cette convention est en vigueur au Mexique et au Venezuela.

aux situations de droit international privé, garantissant la sécurité juridique⁵¹⁵. Et sur ce point, il suffit de rappeler que le code Bustamante n'avait pas régi cette institution⁵¹⁶ qui se trouve aujourd'hui également exclue.

Article 68. *Ordre public.* 1. La loi étrangère n'est pas appliquée si ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public international. L'incompatibilité s'apprécie en tenant compte des liens de la situation juridique avec l'ordre juridique caribéen et de la gravité de l'effet que produirait l'application de cette loi.

2. Lorsque l'incompatibilité est constatée, la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même règle de conflit est appliquée et, si cela s'avère impossible, la loi caribéenne s'applique.

3. Aux fins des paragraphes précédents, l'ordre public international s'entend de l'ensemble des principes qui inspirent l'ordre juridique caribéen et reflètent les valeurs de la société au moment où il est apprécié.

4. L'ordre public caribéen comprend les dispositions ou principes auxquels il n'est pas permis à la volonté des particuliers de déroger.

393. Le paragraphe 3 de la présente disposition comprend une définition au sens large de l'« ordre public » comme étant l'ensemble de principes qui inspirent un

⁵¹⁵Curieusement, avant la promulgation du Cc en vigueur (loi N° 59 de 1987), ni le code civil de 1889 ni le code Bustamante ne comprenaient de dispositions allant dans ce sens. L'art. 19 du Cc dispose qu'« En cas de renvoi à la loi étrangère qui, à son tour, renvoi à la loi cubaine, c'est cette dernière qui sera appliquée. Si le renvoi désigne la loi d'un autre État, le renvoi est admissible à condition que l'application de cette loi ne constitue pas une violation des dispositions de l'art. 21. Dans ce dernier cas, la loi cubaine sera appliquée. » Il se dégage de cette rédaction que le système cubain admet, à titre général, le renvoi de retour à la loi cubaine, tel que cela est indiqué par une formule sans équivoque « sera applicable » au lieu d'expressions plus ambiguës comme « sera prise en compte » (art. 12.2 du Cc espagnol). De même il se dégage que le législateur cubain n'a pas pu se détacher de la fascination pour le renvoi de second degré, authentique vestige du passé, bien que l'admission de la loi étrangère dans ce cas ne doive pas contrarier l'ordre public du for. En vertu de l'art. 4 de la loi vénézuélienne de DIPr : « Quand le droit étranger compétent déclare le droit d'un État tiers applicable qui à son tour se déclare compétent, il faudra appliquer le droit interne de cet État tiers. / Quand le droit étranger compétent déclare le droit vénézuélien applicable, ce droit devra s'appliquer. / Dans les cas non prévus aux deux paragraphes précédents, il faut appliquer le droit interne de l'État qui déclare la loi de conflit vénézuélienne applicable. »

⁵¹⁶Apparemment, Bustamante était un ennemi déclaré de cette institution. *Vid.* J. Navarrete, *El reenvío en el Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 123; G. Parra Arangure, «El reenvío en el Derecho internacional privado venezolano», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 79, 1991, pp. 141–240, spéc., pp. 144–145.

ordre juridique et qui reflètent les valeurs essentielles de l'État du for au moment où il est apprécié⁵¹⁷.

Ainsi rédigé, référence est faite à la dimension « négative » de l'ordre public, la dimension positive étant visée à l'**article 69** de la présente loi. Il s'agit d'« un correctif fonctionnel » du droit désigné par la règle de conflit, en vertu duquel, l'application de ce droit est écarté si « ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public international ».

D'un point de vue procédural, il existe également une dimension négative de l'ordre public sur le plan de la reconnaissance des décisions judiciaires et des actes juridiques établis à l'étranger, qui fait obstacle à leur efficacité dans le for dès lors qu'ils sont manifestement contraires à l'ordre public⁵¹⁸. Conformément à l'**article 74.1, i**) de la présente loi les décisions de justice étrangères ne sont pas reconnues « si la reconnaissance s'avère manifestement incompatible avec l'ordre public ».

394. La notion d'ordre public ne présente pas un caractère univoque dans le domaine même du droit applicable. Parallèlement à la distinction entre ordre public interne (plus large et opérationnelle dans les situations de droit interne) et ordre public international (plus réduit et d'application spécifique aux situations de droit international), le degré d'action ou d'intensité de ce correctif présente des variantes selon la matière et le domaine du droit concerné.

Cette distinction entre ordre public interne et ordre public international a été traditionnellement présentée par la doctrine par deux cercles concentriques où l'ordre public international se situe à l'intérieur de l'ordre public interne, et non l'inverse. L'espace qui se situe sur le bord du cercle apporte dans les relations juridiques internationales une touche de caractère dispositif, alors que l'autonomie de la volonté dans les situations de droit interne reste à l'extérieur de la grande circonférence. Face à cette interprétation classique, il est défendu actuellement une division qui prend comme point de référence l'inscription de l'ordre public international dans un cercle qui contient une partie du droit matériel interne. Cela implique, en définitive, son chevauchement avec la notion de règles impératives (**article 69**) et, en outre, présente un risque d'imprécision. De ce fait, l'expression « ordre public international » semble se référer à une réalité ancrée dans des exigences de la communauté internationale et non dans le cadre de l'« ordre public interne ».

L'exemple graphique des cercles concentriques est doublement opérationnel. En premier lieu, parce que rien n'empêche que le cercle représentant l'ordre public international comporte des principes d'impérativité absolue extraits soit de dispositions matérielles internes, soit de textes conventionnels internationaux d'application dans le for. En second lieu, parce que les principes qui se situent sur le bord du cercle

⁵¹⁷CONC. : Art. 7 du code panaméen de DIPr ; art. 17 de la loi suisse de DIPr ; art. 3081 (Cc du Québec) ; art. 16 de la loi italienne de DIPr ; art. 21 de la loi belge de DIPr ; art. 6 de la loi autrichienne de DIPr ; art. 7 de la loi polonaise de DIPr ; art. 12.3 du Cc (Espagne) ; art. 64 du projet vénézuélien ; art. 14 du projet argentin ; art. 6. b) du projet mexicain ; art. 64 du projet dominicain ; art. 11 du projet bolivien ; art. 5 du projet uruguayen ; art. 3 du projet colombien.

⁵¹⁸Nicaragua : arrêt du 31 octobre 1977, *Boletín judicial*, p. 327.

peuvent être distinguées, à leur tour, entre normes impératives propres au DIPr et exception à l'ordre public international qui s'inscrit dans le premier cercle.

395. Le présent article vise finalement à établir une limite ou une exception que le juge ou l'autorité du for devra observer à titre général, quelle que soit la règle de conflit multilatérale ayant justifié le renvoi à l'ordre juridique étranger et quel que soit le système juridique de l'autre État qui, par voie de conséquence, était applicable à la cause. La limite ou l'exception, que cet article n'énonce pas de façon absolue, se matérialise par le non-emploi de termes tranchés tels que « en aucun cas, s'applique » au profit d'expression « ne s'applique pas », laissant ainsi une marge de manœuvre à « l'effet atténué de l'ordre public ». Cette solution, très développée en Europe⁵¹⁹, est insérée dans l'article 21 du code civil cubain et l'article 15II du code civil pour le district fédéral de Mexico⁵²⁰. Le Venezuela tend également vers cette position restrictive à l'article 8 de sa loi de DIPr de 1998 qui dispose que seront exclues les dispositions du droit étranger applicable « dès lors que leur application entraînera des résultats manifestement incompatibles avec les principes essentiels de l'ordre public vénézuélien ». Les autres pays de la zone OHADAC comme la Colombie, le Nicaragua, la République Dominicaine⁵²¹ ou le Panama restent silencieux sur cette institution.

Le présent article vise la phase finale du processus d'application de la règle de conflit, une fois que celle-ci renvoie à un ordre juridique étranger. Et il contient une réponse juridique à une question spécifique qui peut être soumise à ce moment-là au juge ou à l'autorité caribéenne : l'éventuelle contradiction des dispositions de cet ordonnancement avec l'« ordre public » du for. Réponse qui consiste, par nature, à ne pas appliquer la loi étrangère qui, entre autres, devait servir de fondement pour décider des prétentions des parties.

396. De ce point de vue particulier, qui suppose la mise en œuvre de la méthode d'attribution, l'ordre public offre dans le DIPr de chaque système national les *caractéristiques* suivantes :

i) Exceptionnalité. La loi étrangère désignée doit présenter une contradiction manifeste avec les principes juridiques fondamentaux, et non pas une simple différence de contenu. De ce fait, l'article commenté adopte l'expression « manifestement in-

⁵¹⁹J.D. González Campos et J.C. Fernández Rozas, "Art. 12.3^o", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2^{ème} éd., Madrid, Edersa, 1995, pp. 894–926.

⁵²⁰L'art. 6. b) du projet de code modèle de droit international privé dispose que le droit étranger ne sera pas appliqué « lorsque les dispositions du droit étranger ou le résultat de leur application sont contraires aux principes et institutions fondamentaux de l'ordre public mexicain. Néanmoins, ce droit étranger pourra être reconnu dans une moindre mesure dans le cas où il en découlerait une reconnaissance des droits relatifs aux aliments et aux successions ». L'art. 21 du Cc de Cuba dispose que « La loi étrangère ne s'applique pas dans la mesure où ses effets sont contraires aux principes du régime politique, social et économique de la République de Cuba ».

⁵²¹L'art. 64 du projet dominicain comprend une formulation identique à la disposition commentée.

compatible » pour reprendre le modèle des conventions de DIPr issues des Conférences de La Haye⁵²² et de la CIDIP⁵²³ qui insèrent cette clause afin d'atténuer la rigueur de la règle. En définitive, la loi étrangère doit impliquer une contradiction « manifeste » avec les principes juridiques fondamentaux, qui ne peut être une simple différence de contenu.

ii) *Territorialité*. L'ordre public se caractérise par sa territorialité, c'est-à-dire, par le rejet du droit étranger au regard uniquement de l'ordre public du for. Il s'agit d'un point de différence important au regard de la dimension positive de l'ordre public, dans le sens où il permet d'appliquer des règles impératives de la *lex causae* ou même d'un ordre juridique tiers.

iii) *Relativité*. L'ordre public est imprégné d'une note de relativité qui se manifeste tant dans le temps que dans l'espace. Cela implique que l'intervention de l'ordre public dépende dans une large mesure de la proximité de la relation juridique débattue avec le for. Plus il existe de liens, plus il y a de possibilités d'intervention de l'ordre public.

iv) *Temporalité*. Concernant l'incidence du facteur temps dans la configuration de l'ordre public, la solution unanime est l'appréciation par le juge au moment présent. Cela signifie qu'il doit s'en tenir à l'« actualité » de l'ordre public⁵²⁴.

397. La référence à la « loi étrangère » se définit négativement, par opposition à l'ordre juridique du for. De cette manière, la « loi étrangère », quant à la notion juridique générale :

i) comprend toutes les règles qui n'appartiennent pas à l'ordonnement du for en question. Le présent article vise l'ordonnement d'un État étranger, qu'il s'agisse d'un système juridique unifié ou de celui d'un État dans lequel « coexistent différents systèmes législatifs » (*vid. infra. article 70* de la présente loi). Cela exclut, évidemment, tant les règles de droit international public, créées par le consensus des États, que la *lex mercatoria* née des usages et des pratiques des acteurs du commerce international.

ii) quelle que soit le rang de la loi étrangère – règle constitutionnelle, loi ordinaire ou règle inférieure à la loi – ainsi que sa nature civile, commerciale, etc. Et, bien que

⁵²²*V. gr.*, l'art. 11.1° de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 dispose que « L'application de la loi désignée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

⁵²³Selon l'art. 5 de la Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé de 1979, « La loi déclarée applicable par une convention de droit international privé ne pourra être appliquée au sein du territoire d'un État partie la considérant manifestement contraire aux principes de son ordre public ». Les pays de l'espace OHADAC ayant signé cette convention sont la Colombie, le Mexique et le Venezuela.

⁵²⁴*Vid.* M. de Ángulo Rodríguez, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 369–399.

le présent article se réfère à la « loi » étrangère et paraisse présupposer une règle écrite, sa portée réelle est plus large. Par conséquent, il convient de savoir que dans certains ordres juridiques la réglementation de nombreuses matières est l'œuvre du droit coutumier et que, dans d'autres, le droit est également produit par la jurisprudence.

iii) elle peut être envisagée d'un point de vue très spécifique. Ainsi, au sein de tout ordre juridique étranger il convient de distinguer deux groupes de règles : d'une part, les règles de DIPr, avec leur propre fonction pour la réglementation des conflits de lois (« règles de conflit ») et, d'autre part, le groupe le plus large qui comprend le reste des règles, de nature matérielle, civiles, commerciales, etc. sans préjudice de leur inclure également des règles procédurales, bien qu'elles soient habituellement classifiées comme des règles dites « adjectives ». Parmi ces deux groupes, seul le second est visé par le présent article. Par conséquent, il se réfère, en particulier, à la loi « matérielle » étrangère. Il s'agit des règles qui, dans le système étranger, régissent substantiellement la matière comprise dans le cas traité par la règle de conflit du for – succession, divorce, donations, etc. – à l'exclusion des règles de DIPr de ce système (*vid. infra*, **article 67** de la loi).

iv) elle comporte un aspect complémentaire car la conséquence négative prévue dans l'article en question, opère seulement si le juge ou l'autorité caribéenne a constaté l'existence d'une contradiction – dont la portée sera par la suite précisée – entre la loi matérielle étrangère et l'ordre public du for. Cela implique obligatoirement, non seulement, que préalablement un ordre juridique étranger ait été désigné pour trancher le cas d'espèce, mais également qu'il ait été suffisamment établi, conformément aux dispositions du présent article, la positivité, la teneur substantielle et l'interprétation de la loi matérielle étrangère applicable (*vid. supra*, **articles 63 et 64** de la présente loi). Ce sera seulement si la juridiction ou l'autorité caribéenne connaît suffisamment la loi étrangère qu'elle pourra apprécier ultérieurement une éventuelle contradiction avec l'« ordre public » du for.

398. Le présent article se réfère à l'éventuelle contradiction entre la loi matérielle étrangère et l'ordre public, notion qui constitue un « concept juridique indéterminé » ce qui entraîne des difficultés d'interprétation pour celui qui tente d'en délimiter les contours. L'interprétation suppose, au moins, deux opérations. La première nécessite de préciser la signification de l'« ordre public » dans l'ordonnement du for (i). La deuxième vise à connaître la méthode d'appréciation des deux éléments normatifs en présence, afin de déterminer si la loi étrangère s'avère ou non contraire à l'ordre public et, par conséquent, s'il s'applique ou non au cas d'espèce (ii).

i) *Le concept d'ordre public.* Il n'est pas propre à la disposition qui est commentée ici. Le législateur s'y réfère pour nombre d'autres règles de l'ordonnement juridique caribéen dans le cadre de domaines très différents de celui qui occupe la présente loi type. Et même dans le seul cadre du DIPr, l'observation est identique vu qu'il existe différentes dimensions données aussi à l'« ordre public ». Il suffit

d'observer, en effet, que si la même expression « ordre public » est employée largement par les législateurs nationaux, surtout dans le champ du droit administratif, ici, en particulier le concept se rapporte à la protection d'une situation sociale précise, incontournable dans toute communauté nationale : l'ordre et la paix sociale. Par conséquent, dans une approche négative, il est fait référence à la prévention et la sanction des actes ou comportements susceptibles de troubler l'ordre public. Cette approche est présente, évidemment, dans le domaine pénal. L'ordre public correspond à une situation particulière de paix sociale et de sécurité dans un État. Cette situation permet le déroulement normal de la vie en société et des activités humaines ainsi que le fonctionnement normal des institutions et l'exercice des droits des particuliers. Toutefois si l'on prend en compte cette situation de paix sociale et de sécurité publique, il constitue un intérêt ou une valeur juridique d'une importance particulière pour le propre ordonnancement national. Il est donc logique qu'il fasse l'objet d'une protection spéciale au travers de normes administratives et pénales qui interdisent ou sanctionnent les comportements susceptibles de troubler cette situation.

ii) *Ordre public dans le sens normatif*. Pris sous cet angle, l'« ordre public » constitue un système idéal de valeurs dont s'inspire l'intégralité de l'ordonnancement juridique. En quelque sorte, il s'agit de l'ensemble des conceptions fondamentales du droit qui caractérisent à un moment donné, une communauté nationale. Or, si ces valeurs juridiques ou conceptions fondamentales du droit constituent des présupposés qui inspirent la totalité de l'ordonnancement juridique dans une communauté nationale, obligatoirement, il en découle un caractère impératif et non dérogeable pour ce propre ordonnancement. Cela aboutit à une conséquence postérieure, non moins importante : dans sa signification normative, l'ordre public ne possède pas seulement une fonction positive, comme élément d'inspiration de la totalité du système mais également une fonction exclusive ou négative. En effet, il empêche qu'une règle comme la coutume, les usages et tous actes juridiques conclus entre personnes privées, dans le cadre de l'autonomie de la volonté qui leur est reconnue, ne puissent contredire ces valeurs juridiques fondamentales. Parallèlement, sa fonction vise à faire obstacle à l'insertion dans un ordre juridique national et, par conséquent, que puissent s'appliquer des règles, des décisions ou des jugements étrangers – à savoir émanant d'un autre ordre juridique – qui s'avéreraient incompatibles avec les principes ou les valeurs de l'ordonnancement interne.

399. Le présent article, tel que cela a été indiqué, présuppose le renvoi à une loi étrangère déclarée applicable par une règle de conflit multilatérale du for (celles contenues dans la **section I, du chapitre II, du titre III** de la présente loi). Il a pour finalité d'exclure l'application de la loi étrangère qui s'avère contraire à l'ordre public. Cela implique une fonction négative ou d'exclusion qui est justifiée par la protection des valeurs juridiques fondamentales de l'ordonnancement du for. Et précisément, cette exclusion prémunit ces diverses valeurs fondamentales du flux normatif étranger qui leur porterait atteinte. Une sorte d'épuration, de filtre ou de valve de sécurité face au droit étranger. Toutefois, il convient de souligner que si cet article vise à produire un effet principal d'« épuration » du droit étranger, à la lumière des

valeurs juridiques fondamentales défendues dans l'ordonnancement du for, leur assurant de ce fait intégrité et cohérence interne, il permet également et en contrepartie de préciser l'effet ultérieur de cette exclusion. Concrètement, dans le deuxième paragraphe, il est prévu que si l'incompatibilité est constatée, la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même règle de conflit est appliquée et, si cela s'avère impossible, la loi caribéenne s'applique⁵²⁵.

Article 69. Dispositions impératives. 1. Les dispositions du chapitre premier du présent titre ne limitent pas l'application des règles dont l'observation est, au regard de la Caraïbe, essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts publics, comme son organisation politique, sociale et économique, au point d'exiger leur application à toute situation comprise dans leur champ d'application.

2. Les tribunaux caribéens peuvent, s'ils le jugent approprié, donner effet aux dispositions impératives d'un autre État avec lequel le rapport de droit a des liens étroits.

400. L'« aspect positif » de l'ordre public se confond avec les règles matérielles impératives, car il est utilisé, au même titre que d'autres arguments (sécurité nationale, économie nationale, etc.) pour justifier l'emploi de règles substantielles nationales à une situation de droit international privé⁵²⁶. Les règles d'ordre public, sont entendues comme étant les règles de droit interne d'application nécessaire quels que soient les éléments d'extranéité présents dans le cas d'espèce, visées de manière autonome dans le présent article sous le paragraphe 1 pour les règles impératives du for⁵²⁷ et sous le paragraphe 2 pour les règles impératives étrangères⁵²⁸.

Même si cette notion intervient exclusivement dans le domaine du « conflit de lois » ou de la désignation du droit applicable aux situations de droit international, il convient de se demander ce que sont les relations entre la clause générale d'ordre public de l'**article 68** de la présente loi et les autres règles d'un système national de

⁵²⁵Vid. art. 16 de la loi italienne de DIPr de 1995 et les commentaires de B. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milan, Cedam, 1996, pp. 1046–1062 ; vid. également l'art. 21.3^o du code belge de DIPr de 2004.

⁵²⁶CONC. : Art. 18 et 19 de la loi suisse de DIPr ; art. 3079 (Cc du Québec) ; art. 17 de la loi italienne de DIPr ; art. 20 de la loi belge de DIPr ; art. 8.2 de la loi polonaise de DIPr ; art. 15 du projet argentin ; art. 13 du projet bolivien ; art. 6 du projet uruguayen.

⁵²⁷Vid. art. 17 de la loi italienne de DIPr de 1995 et les commentaires de N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milan, Cedam, 1996, pp. 1062–1072.

⁵²⁸Les art. 18 et 19 de la loi suisse de DIPr de 1987 vont dans ce même sens. Vid. B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^{ème} éd, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 36–50. Vid., également, l'art. 20 du code belge de DIPr de 2004.

DIPr. Ces dernières étant destinées également à la protection de valeurs fondamentales de leur propre ordre juridique, elles sont d'application impérative aux situations à trancher par le juge du for, quelle que soit la loi qui régit l'acte ou le contrat entre particuliers. Il s'agit des « règles d'application nécessaire », des « règles d'application immédiate » ou des « règles matérielles impératives ». Parmi les différentes dimensions que l'ordre public présente en DIPr, il convient de se référer maintenant à deux dimensions en particulier. D'une part, il est employé, avec d'autres arguments (sécurité nationale, économie nationale, etc.) comme fondement de l'application des règles substantielles nationales à la relation de droit international ; d'autre part, et plus communément, la notion d'ordre public s'emploie comme correctif fonctionnel de la méthode d'attribution (**article 68** de la présente loi). Toutefois cette distinction qui paraît si claire, ne l'est pas pour la jurisprudence nationale. Cela explique l'insertion d'un article autonome dédié à la première des dimensions.

Bien entendu, la clause générale de l'article 68 n'est opérante qu'après renvoi au droit étranger en vertu de la règle de conflit multilatéral caribéenne. Ainsi, la règle qui inclut cette clause générale est liée, exclusivement, auxdites règles de conflits multilatéraux et la doctrine considère que l'intervention de l'« ordre public » est un éventuel correctif du « fonctionnement » de ces règles dans son processus d'application par le juge ou l'autorité du for. Par contre, les règles matérielles impératives pour les relations internationales prévues par chaque système national de DIPr devront être directement appliquées par le juge dudit système, quel que soit l'ordonnement qui régit la situation. Et, de ce fait, indépendamment de la loi désignée par une règle de conflit multilatéral.

401. Les courants doctrinaux portant sur le « pluralisme méthodologique », ont insisté ces dernières années sur la revitalisation du rôle du for et sur les insuffisances de la méthode conflictuelle. Il est évident qu'actuellement, la protection de l'« ordre interne » est l'un des devoirs que les États doivent accomplir de façon prioritaire, y compris pour le propre bien de l'« ordre public international »⁵²⁹. Il doit être pris en compte que dans tous les systèmes nationaux, et plus particulièrement en matière de droit de la famille ou du droit des contrats, il existe un certain type de règles qui s'imposent indépendamment d'une éventuelle loi nationale ou d'une loi désignée par les parties.

Ce type de règles est qualifié par la doctrine sous l'expression « règles matérielles impératives » ou plus extensivement « règles matérielles impérativement applicables aux relations de droit international privé ». Ce concept constitue une notion omniprésente qui touche tout type de dispositions de droit privé et présente une nature publique marquée. Son effet ou sa portée va au-delà de la teneur de la disposition ou de sa fonction, puisqu'il conduit à éluder la règle de conflit.

Il s'agit d'une série de dispositions de la loi du for, relevant tant du droit public que du droit privé, dont l'intérêt pour la société nationale est trop important pour

⁵²⁹*Vid.* P. Francescakis, « Quelques précisions sur des lois d'application immédiate et ses relations avec les règles des conflits des lois », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1–18 ; *id.*, « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, pp. 691–698.

qu'il puisse entrer en concurrence avec des lois étrangères. Par conséquent, leur champ d'application est déterminé en prenant en compte la finalité, fondamentalement, poursuivie. Leur application est habituellement qualifiée d'« immédiate » ou de « nécessaire », parce que ces dispositions interviennent en principe en marge du processus d'attribution. Ce qui est important, ce n'est pas le degré de permissivité ou d'interdiction qu'elles contiennent mais l'élément d'organisation nationale reflété. Cette organisation doit s'avérer sérieusement atteinte par l'intrusion de la loi étrangère pour justifier que son application sera « normale » et qu'elle n'apparaîtra pas comme une exception à l'application des règles étrangères⁵³⁰.

402. Au regard de telles circonstances, il est nécessaire de délimiter les espèces et sous espèces qu'induit l'ensemble des règles matérielles du for impérativement applicables aux situations de droit international privé⁵³¹ :

i) En premier lieu, il convient de faire référence aux « lois de police et de sécurité » et « lois d'ordre public » qui répondent à la nécessité d'un traitement uniforme pour les situations, tant internes qu'internationales, en lien avec le territoire du for. L'impérativité de ces règles repose sur la satisfaction d'intérêts collectifs relevant du droit public et, plus particulièrement, du droit pénal, droit de la procédure, droit économique, etc. L'interventionnisme croissant de l'État dans les matières traditionnellement soumises au droit privé, car portant sur la protection d'intérêts particuliers, a donné lieu à une extension fonctionnelle du champ d'action des lois de police. Celles-ci constituent un paradigme pour la marge de manœuvre ample qu'elle offre de nos jours dans le cadre de l'« ordre public économique ». Par conséquent, ces règles dans des secteurs très variés et pour certaines conditions contractuelles comme en droit du travail ou de la concurrence, sont des règles communautaires d'ordre public ayant pour but de protéger les intérêts intracommunautaires.

ii) En second lieu, toutes les règles matérielles impératives ne jouissent pas du même degré d'impérativité. Leur force, qui détermine l'application directe, dépend du degré de rattachement du cas d'espèce au for. Si le rattachement du cas avec le territoire caribéen est minime, de sorte que l'application éventuelle d'une loi étrangère n'est pas susceptible de mettre en danger l'intérêt public sur lequel repose la règle matérielle du for, la loi caribéenne n'aura pas vocation à être appliquée aux relations de droit international privé. Autrement dit, une interprétation téléologique de la règle conduit à son inapplication. Or, cette exigence de rattachement au for n'est pas extensible à toute règle matérielle impérative. Elle intervient normalement face à des règles de police ou d'ordre public économique. Il est absurde de prétendre appliquer les règles de protection du marché caribéen (prix maximum, règle de concurrence, protection de la propriété industrielle) à des situations internationales qui ne produisent pas d'effets sur le marché caribéen. Toutefois, il existe bien des règles

⁵³⁰P.A. De Miguel Asensio, «Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales», *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857–2882.

⁵³¹J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Madrid, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, pp. 134–136.

matérielles impératives absolues, c'est-à-dire dont l'application ne peut pas dépendre du degré de rattachement de la situation au for. Il s'agit de ces règles qui garantissent le respect des droits fondamentaux contenus dans la Constitution. Un juge caribéen ne peut pas rendre une décision fondée sur des dispositions contraires à l'égalité des sexes, à la liberté religieuse ou à la protection du mineur, pour ne citer que trois exemples.

iii) Enfin, il convient de souligner la distinction entre les règles matérielles impératives, absolues et relatives. L'impérativité, de ces dernières, repose sur l'obtention d'un résultat matériel favorable à des personnes ou à des situations déterminées (consommateurs, travailleurs, mineurs, ...). Leur application est uniquement justifiée si la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'est pas aussi ou plus favorable, à la réalisation de l'objectif, que la loi caribéenne.

403. L'interventionnisme de l'État dans les matières relevant traditionnellement du droit privé pour la protection des intérêts individuels a donné lieu à une extension fonctionnelle du champ d'application des lois de police. Cela a contribué à estomper les différences entre lois de police, règles matérielles impératives et ordre public au sens générique du terme.

Dans ce contexte, il est nécessaire de se référer à l'« ordre public économique », concept qui, sur le plan positif, qualifie une grande partie des règles matérielles impératives. Ce principe est très important quantitativement et qualitativement et se traduit, dans le cadre international, d'une façon générale par un mécanisme de défense des conditions de marché national et de l'économie nationale dans son ensemble. La teneur du droit de la concurrence, des conditions générales des contrats, de la consommation ou des situations de faillite en droit interne, peut remplir le contenu de cette notion. Cela permet d'écarter le droit étranger qui admettrait des comportements spécifiques, des droits ou des clauses contractuelles susceptibles de porter atteinte aux conditions du marché de l'État du for.

Par définition, l'ordre public économique requiert, pour intervenir, un rattachement spatial déterminé entre le cas d'espèce et le droit du for. Et cela n'aurait pas de sens de recourir à l'ordre public, si l'application de la loi étrangère ne produisait pas d'effets néfastes sur le marché intérieur.

404. Le paragraphe 1 du présent article vise l'application des règles impératives de la *lex fori*. Il ne peut pas être omis que les règles d'intervention du for contiennent, en général, un critère d'application spatiale, plus ou moins exprès. Il reflète une certaine autolimitation dans son application qui se réduit aux cas d'atteinte aux intérêts du marché ou de la politique économique de l'État dans lequel se trouve le tribunal saisi. Par ailleurs, les règles impératives ne sont pas obligatoirement des règles de droit national. Elles peuvent émaner d'autres systèmes nationaux ou provenir de règles de protection (de l'assuré, du travailleur, du consommateur face aux clauses abusives, etc.) qui, compte tenu de leur champ d'application, n'est pas d'application possible mais bien obligatoire.

Le paragraphe 2 du présent article, en prenant en compte cette situation, vise à obtenir une décision effective dans les autres États. Et ce, tout en atténuant le facteur de relativité, qui introduit une variété de règles contradictoires selon le for saisi, et en respectant les exigences et les intérêts des États et de leurs politiques d'intervention en matière contractuelle. Elle se fonde directement sur l'article 11.2 de la Convention CIDIP sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994 en vertu duquel : « Il appartiendra au for, dès lors que cela lui paraîtra pertinent, d'appliquer les dispositions impératives du droit d'un autre État avec lequel le contrat a les liens les plus étroits. »

Ce paragraphe prend en compte les situations où des règles matérielles sont applicables directement ou impérativement dans des pays tiers (c'est-à-dire de règles n'appartenant ni au for, ni à la loi du contrat désignée par la règle de conflit) car ces situations présentent un lien étroit avec ces règles et sont suffisamment contraignantes pour être effectives. De la sorte, une solution uniforme est adoptée et deviendra, de ce fait, effective dans le respect des intérêts et des objectifs de la politique législative considérés comme recevables⁵³².

La possibilité d'appliquer les règles impératives d'un État tiers doit prendre en compte la nature et l'objet de telles dispositions ainsi que les conséquences prévisibles de leur application ou inapplication. Dans la décision d'appliquer les règles impératives d'États tiers, il est fondamental d'identifier le degré de protection ou d'intérêt public que sous-tend la règle impérative. En effet, elle ne pourra être appliquée que si son degré ou sa finalité est reconnue comme légitime dans le système juridique propre au juge : protection du consommateur, de la libre concurrence, de l'environnement... En contrepartie, il n'est pas possible d'appliquer des règles d'intervention qui portent atteinte aux valeurs contenues dans le droit international économique ou dans le propre droit du for. Ce fait est relativement habituel dès lors qu'il s'agit de règles de sanctions économiques ou qui poursuivent strictement la sauvegarde ou la protection économique de l'État auquel elles appartiennent⁵³³. Il est plus difficile de déterminer en quoi consistent les conséquences de l'application à pondérer par le juge. Les conséquences sur les parties contractantes ne peuvent, certainement pas avoir une importance absolue, vu que l'application de ces règles se fonde sur un intérêt public qui limite l'autonomie de la volonté.

⁵³²L'application des règles impératives d'États tiers est envisagée comme étant une possibilité dans le règlement Rome I (art. 9), qui a cependant imposé une restriction plus importante que le texte qui l'a précédé (la Convention de Rome), en réduisant cette application aux lois du pays d'exécution, ce qui exclut certains cas pertinents pouvant nécessiter l'application, par exemple, de la loi du marché affecté par une mesure antimonopole ou la loi du pays d'origine d'un bien culturel importé illégalement. Cette restriction avait pour objectif de rétablir la situation nécessaire à travers l'art. 7.1 de la Convention de Rome, plus généreux en la matière, qui avait fait l'objet de réserves de la part de l'Allemagne, de l'Irlande, du Luxembourg, du Portugal et du Royaume-Uni. Il s'agissait surtout d'inclure le Royaume-Uni au règlement Rome I.

⁵³³*V.gr.*, la loi Torricelli ou la loi Helms Burton aux États-Unis.

Article 70. Ordres juridiques plurilégislatifs. 1. Si, dans l'ordre de l'État désigné par les règles de conflit de la présente loi, plusieurs systèmes juridiques à ressort territorial ou personnel coexistent, la loi applicable se détermine selon les critères utilisés par cet ordre.

2. Si de tels critères ne peuvent être identifiés, le système juridique avec lequel le cas d'espèce présente le rattachement le plus étroit s'applique.

405. Les États plurilégislatifs se caractérisent par l'existence, au sein de leur propre système juridique, d'une pluralité de lois ou de législations susceptibles de régir une même situation et de générer, par conséquent, des conflits de lois internes⁵³⁴. Ces conflits peuvent se produire, en premier lieu, au sein d'États fédéraux (USA, Australie, Canada, Mexique, Suisse, Yougoslavie, etc.) mais, également, au sein d'États unitaires présentant un certain degré de décentralisation juridique (Royaume-Uni ou Espagne). De même, et indépendamment de l'organisation territoriale de l'État, il peut exister des systèmes plurilégislatifs *ratione personae*, en vertu des diverses législations applicables pour des raisons religieuses, ethniques ou tribales de la personne (Grèce, Algérie, Maroc, Soudan, Égypte, Tunisie, Indonésie, Inde, Pakistan, Syrie, Irak, Jordanie, Lybie, Liban, etc.). Dans tous ces cas, le renvoi par une règle de conflit du for à la loi d'un État plurilégislatif pose un problème d'application quant à savoir quel droit matériel en particulier doit être désigné parmi les différents droits coexistants susceptibles de l'être. Ce problème est connu sous le terme de « renvoi à un système plurilégislatif ».

Ce problème doit être, toutefois, dissocié de la solution des conflits de lois internes dans les relations juridiques qui ne débordent pas les frontières d'un État, c'est-à-dire qui ne présentent pas de caractère international. Le problème du renvoi à un même système plurilégislatif se réfère uniquement au problème suscité en cas de conflit de lois internationales, et pour lequel la règle de conflit du for désigne la loi d'un État plurilégislatif. Ce problème, tout comme sa solution, ne doit pas être confondu avec les problèmes et les solutions spécifiques aux conflits de lois internes. Celles-ci interviennent en marge du renvoi à un système plurilégislatif, même si elles aboutissent concrètement au même résultat.

406. Les solutions légales au problème du renvoi à un système plurilégislatif, en particulier celui qui permet de choisir une technique législative déterminée, dépend largement du type de conflit en question. À cette fin, il est habituellement opéré une distinction entre conflits de lois interterritoriaux ou interlocaux et conflits de lois interpersonnels. Dans les conflits interlocaux, la pluralité des lois repose sur la décentralisation juridique de l'État pour des raisons territoriales (États fédéraux, unitaires mais décentralisés ou qui maintiennent temporairement une pluralité juridique motivée par un changement ou une annexion territoriale). Dans les conflits de lois

⁵³⁴CONC. : Art. 18 de la loi italienne de DIPr ; art. 3077 (Cc du Québec) ; art. 9 de la loi polonaise de DIPr ; art. 12.5^{ème} Cc (Espagne) ; art. 65 du projet dominicain ; art. 9 du projet argentin ; art. 7 du projet mexicain ; art. 3 du projet bolivien.

personnels, la pluralité de lois repose sur la présence de divers ordres juridiques à ressort personnel, en raison de l'ethnie, la confession religieuse ou l'appartenance tribale du destinataire de la règle.

Une autre classification des cas de renvoi à un système plurilégislatif opère une distinction entre renvoi *ad extra* ou *ad intra*⁵³⁵. Le premier constitue un cas habituel et englobe toutes les situations dans lesquelles la règle de conflit renvoie à un système plurilégislatif, qu'il soit étranger ou du propre système du for afin de déterminer en son sein le droit spécifique applicable. Le second, le renvoi *ad intra* procède en combinant la situation conduisant au renvoi à un système plurilégislatif et à celle du mécanisme du renvoi. Dans ce cas, la règle de conflit du for renvoie à un droit étranger dont la règle de conflit attribue la compétence à l'ordre juridique du for, qui lui-même est un système plurilégislatif.

407. Les diverses solutions susceptibles de conduire au renvoi à un système plurilégislatif ont été analysées par la doctrine sous une terminologie très variée⁵³⁶. Fondamentalement, il existe deux systèmes pour solutionner le problème du renvoi à un système plurilégislatif.

i) Le renvoi direct permet d'utiliser les rattachements de la règle de conflit pour identifier directement la législation locale applicable au cas d'espèce. Il part du principe que le rattachement désigne directement non pas la loi de l'État mais celle du territoire spécifique de cet État. Ce système présente deux limites. La première, il est opérationnel uniquement s'il s'agit de rattachements de caractère territorial (lieu de situation d'un bien ou de conclusion d'un contrat, résidence ou domicile des parties, etc.) qui facilite une localisation territoriale dans le système plurilégislatif. Il n'est souhaitable que si la règle de conflit comprend un point de rattachement strictement personnel (*v.gr.*, le domicile ou la résidence habituelle). La seconde, bien qu'il s'agisse de rattachements territoriaux, la méthode du renvoi direct est inappropriée en cas de renvoi à un système plurilégislatif sur un fondement personnel. Dans ce cas, l'application de la loi locale interne n'est pas appropriée, ni suffisante pour trancher le conflit de loi interpersonnel dont l'origine ne se trouve pas dans la nécessité d'appliquer une loi distincte du fait du territoire, mais dans la pluralité des lois justifiées par les diverses qualités que présente le sujet.

ii) Le renvoi indirect, au contraire, prévoit une solution médiate au problème du renvoi à un système plurilégislatif. Ainsi, si la règle de conflit renvoie à un État plurilégislatif, la législation locale ou personnelle concrète à appliquer sera désignée par les propres règles sur les conflits internes de cet État. La délimitation de la loi applicable implique, dans ce système, une double opération juridique : en premier lieu, la

⁵³⁵M.P. Andrés Sáenz de Santa María, "El art. 12.5º del C.c. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pp. 72 *et seq.*

⁵³⁶S.A. Sánchez Lorenzo, "Art. 12.5º", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2^{ème} éd., Madrid, Edersa, 1995, pp. 943-973.

désignation par la règle de conflit du for d'un État plurilégislatif ; en second lieu, la consultation des règles sur les conflits internes dans ledit État afin de trouver le droit matériel finalement applicable.

408. Ce dernier est le système suivi par l'article ici examiné⁵³⁷. Le renvoi indirect se présente comme une solution très pertinente pour résoudre le renvoi à un système plurilégislatif à ressort personnel ainsi que celui à caractère territorial.

Au cas où dans l'État plurilégislatif, il n'existe pas de règles expresses pour solutionner les conflits de lois internes, il convient de combler le vide juridique par des rattachements subsidiaires. La solution que le présent article apporte est une dernière voie de rattachement, conformément aux solutions adoptées dans le droit comparé et dans le droit conventionnel, à savoir l'application de la loi qui présente un lien très étroit avec la situation ou les parties en cause⁵³⁸.

Le présent article met en place un système de renvoi indirect de portée générale, avec les inconvénients déjà mentionnés, si le système plurilégislatif invoqué manque de règles expresses pour résoudre les conflits interlocaux ou interpersonnels internes, ou bien si ses règles ne peuvent pas être appliquées à défaut de preuve suffisante ou car elles conduisent à un résultat manifestement contraire au but ou résultat matériel poursuivi par la règle de conflit, si celle-ci a un but matériel. Dans de tels cas, une solution subsidiaire sera imposée. Il convient de distinguer, *a priori*, l'application subsidiaire de la *lex fori*, du moins quand cela sera possible, en vertu de l'analogie, et de trouver une solution alternative respectant tant les critères matériels du système conflictuel du for que l'application intégrale du droit matériel étranger.

La présente loi en opérant un choix pour le renvoi à un système plurilégislatif à caractère territorial à partir d'un rattachement différent à celui de la nationalité, semble être la solution la plus simple. En effet, le système de renvoi indirect peut parfaitement être remplacé par un système de renvoi direct vu que les rattachements

⁵³⁷Il est reproduit dans l'art. 18 de la loi italienne de DIPr de 1995. *Vid.* G. Conetti, dans *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazional privato* (a cura di S. Batiatti), Milan, Cedam, 1996, pp. 1072–1975. Il figure également dans l'art. 7 du code modèle mexicain de droit international privé et dans l'art. 65 de l'avant-projet de loi de DIPr de la République Dominicaine de 2013. *Vid.* également l'art. 17 du code belge de DIPr de 2004.

⁵³⁸Le renvoi direct, en tant que technique servant à résoudre le problème de renvoi à un système plurilégislatif, est prévu par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits et par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le système de renvoi direct est parfaitement adapté à la nature patrimoniale de la matière en question, étant donné qu'elle exclut la possibilité de conflits interpersonnels, en se limitant, évidemment, à l'éventualité d'un renvoi à un système plurilégislatif divisé sur une base territoriale. En revanche, la technique de renvoi indirect est employée dans l'art. 16 de la convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, conclue à La Haye le 2 octobre 1973, qui prévoit que « Si la loi d'un État qui connaît, en matière d'obligations alimentaires, deux ou plusieurs systèmes de droit d'application territoriale ou personnelle doit être prise en considération – comme en cas de référence à la loi de la résidence habituelle du créancier ou du débiteur ou à la loi nationale commune –, il y a lieu d'appliquer le système désigné par les règles en vigueur dans cet État ou, à défaut, le système avec lequel les intéressés ont les liens les plus étroits ».

territoriaux établis par les présentes règles de conflit permettent d'identifier immédiatement la loi locale applicable au sein du système étranger. Dans ce cas, l'application par analogie des rattachements de caractère direct semble la seule qui soit raisonnable, ou du moins plus raisonnable que le recours aveugle à la *lex fori*. En effet, le rattachement prévu dans les présentes règles de conflit désigne le droit qui est considéré comme présentant le plus de lien formel avec la situation soit au regard de critères de proximité, soit au regard de sa capacité matérielle à régir la situation.

Article 71. Droits acquis. Les situations juridiques valablement créées dans un État en conformité de toutes les lois avec lesquelles elles présentent un rattachement au moment de leur création, sont reconnues dans la Caraïbe pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux principes de son ordre public.

409. Les questions relatives au droit applicable se posent, en général, dans le domaine de la reconnaissance, de l'exercice et de l'extinction des droits. Toutefois, dès lors que les droits sont acquis, la perspective change car elle se situe à une étape ultérieure. Plus qu'un problème de droit applicable, il s'agit du champ d'application extraterritorial de ces droits, en particulier de leur efficacité dans des États distincts de là où ils ont été constitués⁵³⁹. L'administration de la justice, en droit international privé, justifie traditionnellement leur reconnaissance, chaque fois que deux circonstances sont réunies : loi applicable et efficacité extraterritoriale. En premier lieu, le droit doit être acquis en vertu de la loi désignée par la règle de conflit du for, et, en second lieu, ce droit doit avoir été créé conformément à ladite loi⁵⁴⁰. Une telle reconnaissance présente, cependant, quelques exceptions parmi lesquelles l'inexistence de l'institution qui a produit ces droits dans le pays où ils sont invoqué et leur contrariété à l'ordre public. Constitue également une exception, le fait que ces droits aient été acquis à l'étranger en violation de la loi étrangère, ce qui revient à contrevenir à l'ordre public du for⁵⁴¹.

Cette institution présente un intérêt dès lors qu'un droit peut être acquis valablement en vertu d'une législation différente à celle normalement applicable ou encore, si la *lex fori* construit une règle de conflit spéciale dans le seul but de faciliter la reconnaissance des droits acquis à l'étranger. Ainsi conçue, cette institution peut servir de socle pour admettre une exception au fonctionnement des règles de conflit du for. Autrement dit, les situations juridiques valablement créées dans un État conformément à ses lois doivent être reconnues car les droits ainsi acquis ne peuvent pas

⁵³⁹CONC. : Art. 13 du projet argentin ; art. 9 du projet uruguayen.

⁵⁴⁰H. Somerville Seen, *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 170 *et seq.*

⁵⁴¹A. Ferrer Correia, "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales", *Multitudo legum ius unum: Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65*, vol. II, Berlin, Inter Recht, 1973, pp. 285–320.

être diminués ni méconnus du seul fait que, par le transfert international, ces situations sont soumises à un ordre juridique d'un État différent. Il s'agit de garantir la continuité des situations juridiques dans l'espace.

410. L'élément spatial qui caractérise l'exception de l'ordre public, se combine avec l'élément temporel dans le traitement des droits acquis. Théoriquement, les situations déjà consolidées sous l'égide d'un système étranger, fruit de l'effet immédiat de cet ordre juridique, ne présentent pas la même vulnérabilité face à l'exception de l'ordre public (**article 68**). Ces situations, créées sous l'empire de la loi étrangère, continuent à déployer leurs effets en entrant en contact avec le droit du for. Les relations juridiques qui ne présentent pas de caractère durable, c'est-à-dire qui se consolident pour un temps déterminé (transmission de la propriété, validité de l'acte d'adoption, etc.), écartent habituellement l'application de l'exception de l'ordre public pour des raisons tant techniques que fonctionnelles. Et cette mise à l'écart s'effectue tant sur le plan formel, vu qu'au moment de sa consolidation le rattachement spatial avec le for n'existait pas, que sur le plan fonctionnel parce qu'une solution différente contreviendrait à la sécurité juridique minimale souhaitable dans l'ordre international.

Il ne faut omettre, cependant, que le supposé caractère rétroactif de l'ordre public face aux droits acquis a servi à ce que la doctrine articule une solution au « conflit mobile » favorable à l'application de la dernière loi. À cet égard, le DIPr comparé a offert des exemples historiques particulièrement illustratifs d'une application rétroactive de l'ordre public au détriment des droits acquis. Malgré cela il est conseillé d'éviter une application corrective quant aux droits acquis sous l'empire d'un ordre juridique étranger qui, au moment de se consolider, ne présentaient pas un rattachement suffisant avec l'ordre juridique du for. Cela n'empêche pas d'opposer l'exception de l'ordre public aux relations juridiques qui continuent de déployer leurs effets dans le temps et sont susceptibles d'entrer en contact avec le droit du for, portant ainsi atteinte aux principes de l'ordre public international.

411. D'origine jurisprudentielle britannique du début du XIXe siècle, il n'est pas fréquent de trouver une réponse à la question examinée ici dans les systèmes de la zone OHADAC, à l'exception de la loi DIPr du Venezuela⁵⁴² ou du code civil du

⁵⁴²L'art. 5 de cette loi vénézuélienne de DIPr prévoit que : « Les situations juridiques créées conformément à un droit étranger auquel il est reconnu son application, conformément à des critères recevables au niveau international, produiront des effets dans la République, à condition de ne pas être contraires aux règles vénézuéliennes de conflit, que le droit vénézuélien ne revendique pas sa compétence exclusive en la matière et que ces situations ne soient pas manifestement incompatibles aux principes essentiels de l'ordre public vénézuélien. »

Mexique⁵⁴³. En outre, elle a été insérée dans d'autres systèmes⁵⁴⁴ et dans la codification interaméricaine car elle a été considérée comme étant essentielle non seulement pour l'assouplissement de la méthode conflictuelle mais également pour l'aboutissement de cette méthode.

i) Dans un premier temps, le code Bustamante a traité cette question en établissant dans son article 8 que « les droits acquis sous l'empire des dispositions du présent code ont pleine efficacité extraterritoriale dans les États contractants, sauf dans le cas où une règle de l'ordre public international s'opposerait à l'un de ses effets ou l'une de ses conséquences ». Il en résulte que la reconnaissance des droits acquis sous l'empire d'un droit étranger constitue bien la règle et que l'exception ne porte que sur les cas où une telle reconnaissance violerait de façon flagrante les principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'État contractant impliqué. Un tel point de vue a suscité nombre de critiques, il convient de signaler qu'il exclut la reconnaissance conformément à la législation applicable si cela entraîne une violation de l'ordre public international établi par le droit substantiel du for, mettant ainsi un terme à toutes les difficultés qui pourraient surgir de la notion des droits acquis⁵⁴⁵.

ii) Suite à un large débat, l'article 7 de la Convention CIDIP sur les règles générales de 1979 a été rédigé de la manière suivante : « Les situations juridiques valablement créées dans un État partie en conformité de toutes les lois avec lesquelles elles présentent un rattachement au moment de leur création, sont reconnues dans les autres États parties pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux principes de leur

⁵⁴³L'art. 13.I du code civil pour le District Fédéral en matière commune et pour toute la République en matière fédérale (Mexique) dispose que « Les situations juridiques valablement créées au sein des organes de la République ou dans un État étranger et conformément à son droit devront être reconnues ». Pour L. Pereznieta, le terme « valablement » est un qualificatif en accord avec lequel juge du for, après avoir renvoyé au droit étranger, doit décider si la situation juridique a été créée conformément à la loi étrangère. Toujours selon L. Pereznieta, la marge dont le juge dispose pour déterminer la validité ou non de cette situation doit être recherchée dans la jurisprudence, qui est la source apportant une réponse en définitive. *Vid.*, également, V. García Moreno, "Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de Derecho internacional privado", *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Haroldo Valladao*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 194 *et seq.* Dans la décision du 12 juin 2001, point 1.3°.C.262C en matière civile quant au Recours Direct 389, le troisième tribunal collégial en matière civile du premier « circuit » a déclaré que pour qu'un acte juridique soit valide et produise des effets juridiques au Mexique, il devra être analysé conformément à la loi du lieu où il a été conclu. Il a basé sa décision sur la section I, art. 13 du code civil fédéral, considérant qu'afin qu'une situation juridique soit créée valablement, de manière à ce qu'elles produisent des effets au Mexique, il était essentiel d'examiner cette section I en même temps que la section V du même article (« Sauf dans les cas prévus dans les sections précédentes, les effets juridiques qui découlent des actes et contrats seront régis par le droit du lieu où le contrat sera exécuté, à moins que les parties aient valablement désigné un autre droit à appliquer. »). En effet, il faut étudier si l'acte juridique à l'origine de cette situation juridique est conforme à ce droit étranger ou non.

⁵⁴⁴*V.gr.* art. 2050 du Cc péruvien ; art. 7 de la loi fédérale autrichienne de droit international privé du 15 juin 1978 ; art. 66 du projet dominicain, qui comprend un texte identique à celui de la disposition commentée.

⁵⁴⁵J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I .*Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 205.

ordre public ». Cette rédaction implique une évidente amélioration du texte de l'article 8 du code Bustamante car elle reconnaît les droits acquis conformément à toutes les « lois » compétentes. Il s'agit d'une interprétation plus libérale qui s'ajuste mieux aux fins du DIPr. Cette règle a eu, en outre, la vertu de remplacer l'expression controversée « droits acquis » par « situations juridiques valablement créées », ces dernières englobant une plus large gamme de situations différentes que les droits à proprement parler. Sa teneur ne réduit pas les intérêts du for, qui sont préservés par l'introduction expresse de deux exceptions : d'une part, que les situations présentent un rattachement au moment de leur création avec l'ordre juridique où elles ont été créées, d'autre part, qu'elles soient contraires aux principes de son ordre public⁵⁴⁶.

412. Le présent article réunit les conditions de précision conceptuelle et terminologique indispensables permettant d'assurer la sécurité juridique. De ce fait, il constitue un apport essentiel au processus d'unification conventionnel du DIPr hémisphérique⁵⁴⁷. C'est la raison pour laquelle il reprend les termes de l'article 7 de la Convention de la CIDIP sur les règles générales de 1979. La solution adoptée consiste, donc, à appliquer la loi déclarée compétente par tous les ordres juridiques présentant un rattachement avec la situation de fait. Il peut donc être observé que le terme « droits acquis » a été dépassé pour employer l'expression « situations juridiques valablement créées », afin de viser non seulement les actes juridiques mais également tout type de faits ayant des conséquences dans le monde du droit. Il s'agit dans les interprétations futures de l'article de permettre un effet négatif par le fonctionnement normal de la règle de conflit pouvant aboutir à un rejet éventuel du droit étranger invoqué.

Titre IV

EFFICACITE DES DECISIONS JUDICIAIRES ET DES ACTES PUBLICS ETRANGERS

Chapitre I

Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

⁵⁴⁶Au Venezuela, un prestataire de service a fait une réclamation pour différence de paiement entre ses prestations en Argentine, au Guatemala et au Venezuela. Sa réclamation a fait l'objet de l'arrêt n° 1633 du 14 décembre 2004, puis de l'arrêt déclaratoire du 9 août 2005 de la chambre de cassation sociale de la Cour suprême de justice, qui a considéré que le prestataire de service devait être indemnisé conformément à ce qu'établit la législation de chacun de ces pays, en se basant sur l'art. 7 de la Convention CIDIP sur les règles générales de 1979. Affaire *Enrique Emilio Álvarez Centeno vs Abbott Laboratories, C.A y Otra*, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1099-090805.htm.30/08/2011>. <http://www.tsj.gov.ve>.

⁵⁴⁷V.H. Guerra Hernández, "Derechos adquiridos". *Ley DIPr comentada*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 232-233.

Article 72. *Notion de décision.* Constitue une décision toute décision prononcée par une juridiction ou une autorité équivalente d'un État, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle que jugement, sentence, arrêt, ordonnance, décret ou mandat d'exécution, et quelle que soit la dénomination donnée à la procédure dont elle découle.

413. Une définition large et flexible du mot décision est insérée ici afin d'intégrer les divers types de décisions susceptibles d'être reconnues ou exécutées en vertu des présentes dispositions. Cette définition comprend, en principe, toute décision sur le fond d'une affaire, tant des sanctions matrimoniales que des décisions de tout autre type. Pour ce faire, au lieu du terme jugement est utilisé celui de décision, car il a une acception juridique moins précise et peut englober une diversité de cas. Quoi qu'il en soit, la définition doit être combinée avec les restrictions spécifiques à la reconnaissance et à l'exécution de quelques-unes de ces décisions. Ainsi, selon les circonstances certains contrôles peuvent conduire à varier en fonction des caractéristiques même des décisions. Dans le même esprit d'ouverture, s'applique l'emploi de l'expression « une juridiction ou une autorité équivalente » afin d'inclure les décisions prises par toute autorité qui est investie de fonctions juridictionnelles en matière de droit privé.

414. La définition du terme « décision » employé à cette fin correspond à celle des instruments internationaux les plus contemporains de référence dans ce domaine. Dans ce sens, une définition similaire peut être trouvée dans l'article 4 de la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for adoptée dans le cadre de la Conférence de La Haye de DIPr, ainsi que l'article 23 de l'avant-projet de la convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale du 30 octobre 1999, élaboré au sein de la même institution. Le critère qui inspire la présente loi coïncide avec celui qui prévaut dans les instruments sur la reconnaissance et l'exécution des jugements adoptés au sein de l'Union européenne, déjà par la Convention de Bruxelles de 1968, avec une formulation plus récente contenue dans l'article 2 a) du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ou règlement Bruxelles I (refonte).

Au contraire, l'approche adoptée diffère en partie de celle de la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères du 8 mai 1979. Conformément à son article 1, la Convention permet aux États de limiter l'application des décisions de condamnation en matière patrimoniale, en même temps qu'elle ne prévoit d'appliquer que les décisions mettant fin à la procédure et celles prononcées par les autorités n'exerçant qu'une fonction juridictionnelle, si les États l'ont ainsi déclaré lors de la ratification.

Article 73. Reconnaissance et exécution en général. 1. Pour qu'une décision puisse être reconnue, elle doit produire dans l'État d'origine l'effet dont la reconnaissance est sollicitée dans l'État requis.

2. Pour qu'une décision puisse être exécutée, elle doit être exécutoire dans l'État d'origine.

3. La reconnaissance ou l'exécution peuvent être ajournées ou refusées si la décision est dans l'État d'origine l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour l'exercer n'y est pas expiré.

4. Quand la décision étrangère comporte plusieurs chefs qui sont séparables du reste, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être reconnus ou exécutés séparément.

415. Afin d'harmoniser la pratique de la reconnaissance des décisions étrangères avec le principe formel de souveraineté juridictionnelle, historiquement, diverses théories ont été développées comme la notion de *comity* ou de courtoisie internationale, le principe du respect des droits acquis en tant que fondement de la reconnaissance des décisions étrangères ou la notion de l'incorporation du droit étranger, à travers l'insertion de la décision étrangère dans le droit national. Sans préjuger de la générosité plus ou moins grande de ces théories, la reconnaissance répond à une finalité pratique qui, elle-même, justifie l'application du droit étranger. Par conséquent, si le principe de souveraineté territoriale de l'État devait être appliqué jusqu'au bout, il ne serait jamais possible d'exécuter ou de reconnaître l'efficacité des décisions non rendues par les propres juridictions nationales. Cela serait en contradiction avec la réalité et supprimerait les relations juridiques internationales et les relations juridiques entre les nationaux de différents pays⁵⁴⁸. Cette finalité pratique justifie le fondement général non seulement du DIPr dans son ensemble, mais également du domaine de la reconnaissance des décisions étrangères, en particulier⁵⁴⁹.

Le caractère étranger, que revêtent les décisions, doit être entendu au sens exclusif du terme comme toute décision rendue dans l'exercice d'un pouvoir juridictionnel non caribéen, qu'il s'agisse d'un tribunal d'État ou d'une instance internationale (*v.gr.*, une sentence arbitrale émanant du CIADI). Il ne fait aucun doute que chaque cas conduit à des mécanismes de reconnaissance différents. D'autre part, le terme de décision « étrangère » pose des problèmes de délimitation par rapport aux sentences arbitrales qui, par nature, présentent un caractère transnational et qui laissent la possibilité, avec d'importantes conséquences sans doute, de délimiter son origine étrangère fondée sur des critères très disparates, comme nous aurons l'occasion de le voir. Par ailleurs, bien que le terme « décision étrangère », objet de la reconnaissance, soit employé dans un sens exclusif, l'analyse porte en fait principalement sur la reconnaissance des décisions rendues par les organes juridictionnels d'un État étranger.

⁵⁴⁸Art. 179 de la loi panaméenne de DIPr ; art. 954 LEC/19881 (Espagne) ; art. 64 de la loi italienne de DIPr.

⁵⁴⁹R. Arenas García, "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 231–260.

Il s'avère habituel d'identifier les notions de « reconnaissance », d'« exequatur » et d'« exécution »⁵⁵⁰. Cela suscite deux problèmes. D'une part, si l'exequatur s'identifie comme la reconnaissance de décisions, il est logique que la reconnaissance porte sur des décisions judiciaires devenues définitives dans des procédures contentieuses, puisque l'exequatur est le mécanisme prévu, en droit commun, pour reconnaître ce type de décisions. D'autre part, si l'exequatur s'apprécie en priorité au regard de l'objectif qu'elle doit atteindre, à savoir la force exécutoire desdites décisions, il est logique que cet effet se situe au centre de toutes les attentions. Tout cela ne présente un intérêt que si le sens spécifique de chacune des expressions visées est démontré.

Il convient d'insister sur le fait que la révision sur le fond est antinomique de la fonction de la reconnaissance, car elle se verrait dépouillée par un processus d'« interiorisation » ou d'« appropriation », mais pas de reconnaissance. Celle-ci devant s'inscrire dans le cadre de la coopération internationale et de l'optimisation de la continuité des relations juridiques dans l'espace. Si, en tant que condition de la reconnaissance, l'autorité d'origine doit être compétente, le fond de la décision ne doit pas être révisé. La mise à l'écart de la révision sur le fond implique de convertir la reconnaissance en une simple procédure de contrôle formel ou d'homologation. Cela empêche de se prononcer de nouveau sur les faits et les attendus de la décision étrangère, et conduit à se limiter aux conditions propres à la reconnaissance.

416. Initialement la reconnaissance consiste à obtenir du for l'effet constitutif, obligatoire ou force de chose jugée, exécutoire ou d'enregistrement d'une décision étrangère. Les décisions de justice définitives ne présentent pas toutes une force exécutoire, étant donné que nombre d'entre elles présentent un caractère purement constitutif, en particulier, celles portant sur l'état civil et qui ne nécessitent pas de procédure d'exécution. Les sentences arbitrales, les transactions judiciaires, les actes de procédure gracieuse, les mesures conservatoires ou provisoires, ou les jugements non définitifs, sont toutes des décisions susceptibles de produire certains ou tous les effets mentionnés et, par conséquent, de provoquer un problème de reconnaissance. En effet, cela s'explique par le fait que ces décisions ne présentent pas de caractère définitif, ou de caractère contentieux ou encore qu'elles ne constituent pas, par nature, un jugement⁵⁵¹.

Pour qu'il y ait reconnaissance dans le for, de la chose jugée, de la force exécutoire, du caractère constitutif ou de l'enregistrement de chacune des décisions, une série de mécanismes ou types de reconnaissance doivent s'articuler. Pour les décisions judiciaires définitives rendues dans des procédures contentieuses, la procédure d'exequatur est le mécanisme habituel. Même si, certainement, il pourra s'étendre à d'autre type de décisions, il ne constitue toutefois pas une procédure d'exécution, ni n'a pour objectif de doter la décision étrangère de la force exécutoire. À travers le processus de l'exequatur : a) il est procédé à l'homologation de la décision étrangère comme titre exécutoire (déclaration de la possibilité d'exécuter), mais il ne s'agit pas

⁵⁵⁰M. Requejo Isidro, "Sobre ejecución y exequatur", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1999, 5, D-236, pp. 1898-1901.

⁵⁵¹J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7^{ème} éd., Madrid: Civitas-Tomson-Reuters, 2013, pp. 1293 *et seq.*

de l'exécuter car cela relève d'une nouvelle procédure devant une autre instance ; et b) la reconnaissance seulement de l'effet de force de chose jugée d'une décision étrangère peut être sollicitée sans demander d'exécution, ou encore il peut être demandé que la décision soit convertie en titre en vue de son enregistrement, ce qui semble indiquer que l'exequatur n'est pas exclusivement une procédure permettant d'obtenir l'exécution d'une décision étrangère.

417. La reconnaissance a pour mission de :

i) Procurer, dans le for, la *force exécutoire* à la décision étrangère. Cet effet caractérise les jugements de condamnation. Pour l'obtenir, deux possibilités se présentent : soit enclencher directement la procédure d'exécution, dans ce cas, l'organe qui prononcera l'exécution sera compétent également pour se prononcer sur la reconnaissance, soit recourir à une procédure autonome d'exequatur préalablement à laquelle il sera procédé à la reconnaissance par la délivrance d'un titre exécutoire qui pourra être utilisé postérieurement dans une procédure normale d'exécution.

ii) Procurer, dans le for, l'impérativité ou *force de chose jugée* à la décision étrangère. Dans ce cas, son contenu revêt une force contraignante pour les autorités et les organes juridictionnels du for. Le principe *non bis in idem* empêche qu'une nouvelle procédure portant sur les mêmes parties, objet et cause puisse être engagée ni même à titre de question incidente dans tout autre type de procédure.

iii) Obtenir la validité des décisions étrangères pour leur *inscription dans les registres*. La décision étrangère peut accéder aux formalités d'enregistrement dans les registres officiels.

La décision étrangère peut produire, comme tout autre acte public étranger, des effets probants en marge de sa reconnaissance, si elle remplit les conditions de légalisation et de traduction⁵⁵². La décision étrangère, en tant qu'acte public, peut servir à titre de preuve dans une procédure qui se déroule dans le for, étant entendu qu'en aucun cas l'effet probant ne portera sur le dispositif du jugement mais uniquement sur les faits avérés. Cela permet de reconnaître l'effet probant d'un jugement même si la force de chose jugée, force exécutoire ou constitutive, ne peut pas être obtenue faute de remplir l'une des conditions exigées pour sa reconnaissance. Évidemment, il n'y a aucun inconvénient à ce que la décision étrangère, en tant qu'acte public, serve de preuve sur les faits qu'elle aura permis d'élucider. Or, cela exclut la force de chose jugée et la force exécutoire de la décision étrangère. Autrement dit, la valeur probante de l'acte public qui fait office de jugement étranger permet, uniquement, d'être utilisée comme moyen de preuve des faits qu'il relate. Le dispositif ne peut pas, par conséquent, être utilisé pour reconnaître la force de chose jugée, force exécutoire ou constitutive. Toutefois, sous l'empire des effets probants de la décision

⁵⁵²A. Borrás Rodríguez, "Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n° 42, 2004, pp. 29-54.

étrangère, il doit être reconnu à titre incident la force de chose jugée ou constitutive au dispositif de la décision en question.

418. Le fondement de la reconnaissance porte sur les décisions de justice étrangères rendues dans les procédures contentieuses et en matière de droit privé. Habituellement, il se limite à la reconnaissance des « décisions définitives ». En général, il est exigé que la décision soit définitive pour pouvoir être reconnue dans les procédures contentieuses, même s'il existe des exceptions notables comme nous le verrons ultérieurement. En général, le fondement normatif de ce domaine repose sur des traités internationaux bilatéraux ou sur la législation procédurale interne.

Les pays de la zone OHADAC étant pratiquement absents, il s'avère en premier lieu de combler cette lacune avec la présente loi type.

419. La reconnaissance vise à la base à obtenir l'efficacité extraterritoriale à savoir à permettre que la décision emporte également dans l'État requis les effets procéduraux (en particulier, force de chose jugée et efficacité constitutive). La doctrine a débattu pour savoir sur quel ordre juridique se fonde la portée des effets de la décision reconnue : celui de l'État d'origine (théorie de l'étendue), celui de l'État requis (théorie de l'équivalence), ou une combinaison des deux (théorie de l'accumulation). La tendance actuelle à nuancer les approches fait que le débat a perdu de son intensité. Toutefois une partie importante de ces approches porte davantage sur les limites de la force de chose jugée.

La question fondamentale relative à la portée de la reconnaissance se situe dans les limites de l'étendue des effets de la décision au sein de l'État d'origine. Pour pouvoir être exécutée, il faut en outre que la décision ait acquis force exécutoire dans l'ordre juridique d'origine.

La mise en place d'une réglementation interne et son adaptation aux exigences de notre époque, garantissant la coordination des engagements pris dans le cadre de la coopération internationale, doit prendre en compte les conditions et les objectifs propres à la présente loi, qui sont éloignés du contexte spécifique des conventions internationales.

420. Les paragraphes 2 et 3 du présent article montrent qu'il a été opté pour un modèle qui ne se limite pas à reconnaître et exécuter les décisions définitives mais à permettre de refuser la reconnaissance, si la décision fait l'objet dans l'État d'origine d'un recours ordinaire ou si le délai pour l'exercer n'a pas expiré.

Le caractère définitif relève de la notion de la chose jugée dans le sens formel, à savoir, l'impossibilité dans le cadre de la même procédure d'exercer une voie de recours à l'encontre de la décision. À partir de là, il revient au droit de la procédure étranger de déterminer comment et dans quelles conditions une décision ne peut plus être remise en cause par l'exercice d'une voie de recours. Il ne peut pas être pris en compte, par analogie, les cas où dans l'ordre juridique caribéen la force de chose

jugée est acquise. La preuve du caractère définitif de la décision s'obtient en apportant le titre exécutoire ou l'acte public sur lequel il est mentionné que la décision est définitive. Cette preuve doit être apportée par celui qui demande la reconnaissance ou par le biais d'une certification de la juridiction qui a rendu la décision. De même, l'analyse des questions relatives à la reconnaissance se limite aux matières de droit privé, et suite à une délimitation fonctionnelle opérée par le DIPr, elle est circonscrite aux relations de droit privé de droit civil et commercial.

421. Cette approche facilite des avancées dans la réglementation applicable à des catégories déterminées de décisions et d'actes et pour lesquels s'applique dans certains ordres juridiques un critère très restrictif. C'est le cas des décisions relevant de la procédure gracieuse, du traitement de l'efficacité transfrontalière des mesures provisoires, des actes publics revêtus de la force exécutoire et des transactions judiciaires.

Le rejet systématique de l'efficacité des mesures provisoires ne s'avère pas approprié au regard de l'intérêt que présente l'efficacité transfrontalière de ce type de décisions. Le simple fait d'exiger que la résolution ne soit plus susceptible de recours ordinaire au lieu d'exiger qu'elle revête un caractère définitif permet l'efficacité des mesures provisoires. Le rejet systématique des mesures provisoires nuit à des intérêts de grande importance, comme en particulier les mesures adoptées dans les procédures matrimoniales – la garde des enfants ou les obligations alimentaires –. Dans le même temps, ce rejet empêche de faire valoir l'intérêt de l'efficacité des mesures provisoires ou conservatoires adoptées par le tribunal qui tranche la question principale.

422. Le paragraphe 4 énonce un principe largement accepté en droit comparé. Il dispose que la décision étrangère, qui comporte des parties dissociables du reste, l'une ou plusieurs d'entre elles peuvent être reconnues ou exécutées séparément. Il existe des dispositions similaires, entre autres, dans l'article 15 de la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection du for ou à l'article 48 de la Convention de Lugano de 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Article 74. *Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution.* Les décisions étrangères ne sont pas reconnues :

i) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public ;

ii) quand l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié au défendeur en forme régulière et en temps suffisant pour qu'il puisse préparer sa défense, à moins que celui-ci ait comparu devant le tribunal d'origine sans contester la notification pourvu que la loi de l'État d'origine permette de contester cette notification ;

iii) si ont été méconnues les dispositions établies à l'article 9 de la présente loi ou si la compétence du tribunal étranger n'était pas fondée sur l'un des critères

définis au chapitre II de la présente loi ou sur un rattachement raisonnable de nature équivalente ;

iv) si une procédure ayant le même objet et la même cause est pendante entre les mêmes parties devant un tribunal caribéen, si elle a été introduite la première ;

v) si elles sont inconciliables avec une décision rendue entre les mêmes parties dans la Caraïbe ;

vi) si elles sont inconciliables avec une décision rendue dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, si cette décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance par la Caraïbe et a été prononcée la première ou si sa reconnaissance a déjà été déclarée par la Caraïbe ;

vii) si elles ne réunissent pas les conditions requises dans le pays dans lequel elles ont été rendues pour être considérées comme authentiques et celles que requièrent les lois caribéenne pour leur validité.

423. Les motifs éventuels de refus de la reconnaissance et de l'exécution ou, à partir d'une perspective positive, les contrôles auxquels est soumise l'efficacité d'une décision étrangère sont énoncés de manière exhaustive dans le texte de la présente loi. Par conséquent, la reconnaissance d'une décision étrangère ne pourra pas être refusée pour des motifs autres que ceux énoncés à l'article 74. Cela signifie qu'il ne sera pas possible de procéder à la révision au fond d'une décision étrangère, et que seront également écartés certains mécanismes traditionnellement existants dans certains ordres juridiques, tels que le contrôle de la loi appliquée par la juridiction d'origine ou la réciprocité⁵⁵³.

Le rejet de la réciprocité repose sur son inadéquation avec le fondement même du système de reconnaissance et d'exécution en droit privé. À la différence de ce qui se passe en matière de coopération juridique internationale dans les secteurs de droit public, plus particulièrement dans le domaine pénal, l'application de la réciprocité comme critère général constitue une atteinte disproportionnée et irraisonnable des intérêts privés. Ces intérêts sont pourtant fondamentaux dans la réglementation de l'efficacité extraterritoriale des décisions en matière civile et commerciale, qui ne se heurte pas non plus aux intérêts de l'État en présence, ni ne peut être un instrument de pression pour les autorités étrangères. Non seulement la réciprocité porte atteinte aux intérêts des particuliers impliqués, mais également s'avère manifestement contraire à l'intérêt national qui doit apporter une protection juridique garante de la sécurité en évitant toutes situations instables. Par conséquent, la réciprocité dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions a progressivement disparu des systèmes les plus avancés dans ce domaine.

⁵⁵³CONC. : Art. 27 de la loi suisse de DIPr ; art. 25 de la loi belge de DIPr ; art. 954 LEC/1881 (Espagne); art. 139 du projet bolivien.

424. Avec le temps, se développe à l'échelle internationale un certain consensus quant aux conditions à requérir pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. Tous les régimes de reconnaissance déterminent que le contrôle de la conformité à l'ordre public est un élément essentiel. Son contenu relève de la protection des principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'État requis, et de ce fait relie étroitement les systèmes constitutionnels entre eux.

Dans ce contexte l'ordre public, qui doit être entendu comme un mécanisme exceptionnel d'interprétation restreinte, opère dans le cas où les effets concrets visés par la décision étrangère s'avèrent totalement incompatibles avec les principes et les valeurs essentielles de l'ordre juridique de l'État requis. D'où la formulation restrictive de cette condition qui, dans la lignée de la rédaction généralisée dans les conventions internationales et les législations nationales les plus avancées en la matière, exclut la reconnaissance qui est « manifestement contraire à l'ordre public ». Une formulation similaire se trouve, par exemple, dans l'article 5.1 de la Convention de La Haye concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires de 1973 et dans l'article 23.2 d) de la Convention de La Haye en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants de 1996.

425. L'autonomie de la procédure d'exequatur fait que seules les exceptions aux conditions exigibles pour la reconnaissance sont susceptibles d'être opposées et non celles émanant de l'action principale exercée dans la procédure menée à l'étranger. Par conséquent, cette autonomie ne signifie pas que tout contrôle du fond de la décision étrangère soit totalement exclu. Ce contrôle est exclu seulement si la décision est exclue au titre des exceptions et des conditions posées par la procédure d'exequatur, mais cette affirmation ne s'avère pas toujours défendable. Autrement dit, les propres conditions de la procédure autonome d'exequatur peuvent impliquer un contrôle sur le fond.

Ceci dit, il convient de se référer succinctement à quelques problématiques que suscite la procédure de reconnaissance des décisions étrangères :

i) Quant aux droits de la défense des parties. La reconnaissance doit obligatoirement respecter les garanties procédurales et les droits de la défense des parties ainsi que la régularité de la procédure suivie à l'étranger. Cela s'explique par la garantie du principe du contradictoire et la possibilité pour le défendeur de se défendre effectivement dans la procédure engagée contre lui à l'étranger. Cette exigence se limite à la régularité et à la suffisance de la notification de la demande. Toutefois, pour cette raison, tout défaut de comparution fautif, stratégique ou pour convenances personnelles, ne pourrait pas entrer dans cette condition. En effet, est exclue l'absence du défendeur à la procédure qui n'est pas due à un défaut ou à une irrégularité dans l'acte introductif d'instance, mais à un désintérêt du défendeur lui-même⁵⁵⁴. Il faudrait inclure la possibilité, dans certains cas, de remédier à la non comparution par

⁵⁵⁴J.D. González Campos, "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso", *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 695–716.

des actes postérieurs du défendeur révélant sa volonté d'accepter la décision à laquelle se réfère l'exécution. L'origine judiciaire de la décision étrangère, son caractère contentieux et, par conséquent, les effets exécutoires et la force de chose jugée qui sont associés à la décision définitive imposent qu'un contrôle soit exercé afin de garantir le droit à la protection juridictionnelle effective et à un procès dans le respect total des droits de la défense.

ii) *Ordre public* : l'ordre public protège les valeurs fondamentales se rapportant à la société ou à l'économie du for, à un moment donné dans le temps. La positivité de ce correctif, à l'instar de son applicabilité en matière de loi étrangère, impose de l'employer en vertu des valeurs présentes au moment de sa reconnaissance et non au moment où la décision étrangère a été rendue⁵⁵⁵. Sur son aspect économique, l'ordre public économique peut intervenir pour refuser de reconnaître une décision étrangère relative à la propriété industrielle, à des parts de sociétés, au paiement de devises, etc.

iii) *Contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine* : cette condition vise à subordonner la reconnaissance à l'application de la même loi que celle qui aurait été appliquée par les juridictions du for, c'est-à-dire qu'il faut que le résultat final concorde. Le recours à ce contrôle a été retenu par la loi ou la jurisprudence de plusieurs systèmes, toutefois il s'agit d'une condition très restrictive et méfiante. De ce fait, elle ne cadre pas avec l'esprit de coopération qui gouverne le régime conventionnel de reconnaissance.

iv) *Authenticité de la décision* : la preuve de l'authenticité de la décision exécutoire étrangère présentée lors de la demande de reconnaissance et le respect des conditions de preuve qui, en matière d'acte public, sont requises pour faire foi dans la Caraïbe constituent les conditions préalables, et ce quel que soit le régime de reconnaissance.

v) *Contrôle de la compétence judiciaire internationale* : En tant que tel, le contrôle se limite à la compétence générale du tribunal étranger qui a rendu la décision. Il s'agit de sa compétence pour trancher une affaire de droit international privé, sans aller jusqu'à contrôler la compétence interne de la juridiction qui, en l'espèce, aura rendu la décision objet de la reconnaissance. L'incompétence judiciaire internationale du juge d'origine revêt une importance capitale dans l'appréciation d'une éventuelle non-comparution volontaire du défendeur, qui s'avèrerait, par conséquent, justifiée. Cette justification se fonde sur la protection appropriée, par le droit de la procédure, du défendeur. Protection quant aux compétences exclusives des juridictions du for et quant à la nature même de la reconnaissance. Le fondement du contrôle plaide pour une recherche d'office ou, au moins, pour une participation active du juge de l'exequatur face au silence des parties à la procédure.

⁵⁵⁵S. Álvarez González, "Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario", *La Ley*, 2000, 6, D-179, pp. 2005-2009.

vi) *Absence de contradiction dans la décision judiciaire ou dans une procédure pendante dans l'État requis.* La reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère n'est pas possible si, préalablement à la demande d'exequatur, il existait dans la Caraïbe une décision définitive entre les mêmes parties, pour la même cause et le même objet, ou tout simplement incompatible avec la décision étrangère. Il ne s'agit pas, strictement, de faire valoir la force de la chose jugée de la décision caribéenne, dès lors qu'il s'agit d'une exception qui n'a pas lieu d'être dans la procédure d'exequatur et qui est une simple procédure d'homologation. La raison d'être de cette condition est tout simplement le maintien de l'équilibre du système interne et sa cohérence face à la pluralité de solutions pouvant conduire à sanctionner le même fait par plusieurs juridictions. Pour cette raison, il convient d'insister sur le fait que pour qu'il existe une contradiction, il n'est pas nécessaire d'avoir une identité absolue d'objet, de parties et de cause entre les deux procédures mais une simple incompatibilité matérielle. Cette exception à la reconnaissance peut également être actionnée quand il n'existe pas de décision définitive dans l'État requis mais qu'il existe une procédure pendante entre les mêmes parties, sur le même objet et la même cause que la procédure qui a conduit à la décision étrangère. Dans ce cas, le critère de la priorité temporelle peut revêtir une certaine importance.

vii) *Reconnaissance de l'effet constitutif des actes de juridiction gracieuse.* De la distinction faite dans le paragraphe précédent, il s'avère que la question fondamentale porte sur le régime de reconnaissance de l'effet constitutif des actes de juridiction gracieuse. Les défenseurs d'une appréciation matérielle de l'intervention de l'autorité, insérée dans la règle matérielle, rejettent non seulement le fait de rendre nécessaire l'exequatur mais, également, la question même de la reconnaissance. Selon eux, cette question se limite à désigner la loi applicable à la constitution de l'acte, et leur approche présente une certaine filiation avec les critiques formulées à l'encontre des doctrines des droits acquis. L'emploi des règles de droit applicable ne signifie pas que nous nous trouvons face à une question portant sur le droit applicable. Ces règles peuvent servir, également, comme règles de reconnaissance. De ce fait, l'utilisation des règles de droit applicable pour solutionner les effets de la reconnaissance peut être étendue dans certains systèmes aux décisions constitutives qui, de cette manière, écartent les mécanismes normaux d'exequatur. Ce choix pourrait tout simplement être résumé par cette brève maxime : « je reconnais aux actes de juridiction gracieuse les mêmes effets que ceux que l'ordre juridique compétent, désigné par la règle sur le droit applicable, reconnaît à la même institution. » La règle de droit applicable sert à localiser l'ordre juridique compétent qui sert de référence pour délimiter les effets de l'acte en question. La notion d'« ordre juridique compétent » est, de ce fait, plus large que celle de la « loi applicable »⁵⁵⁶.

426. En matière d'opérativité de l'ordre public, dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, la dimension procédurale joue un rôle clé. Fondamentalement, elle impose de s'assurer que les garanties, quant au droit fondamental

⁵⁵⁶P.A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjerías de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.

à la protection juridictionnelle effective et à un procès équitable, ont été respectées dans la procédure d'origine. Il a été décidé, et c'est une tendance courante dans le contexte conventionnel et comparé, que procéder de façon séparée au contrôle du respect des droits de la défense est une condition autonome de la reconnaissance de la décision (au regard de l'ordre public). Ce contrôle porte sur la régularité de l'assignation du défendeur et permet de garantir que les parties ont reçu notification de la procédure engagée et ont disposé du temps nécessaire pour préparer la défense de leurs intérêts, et particulièrement quand elles n'ont pas comparu devant le juge.

Cette condition de la reconnaissance est construite d'une telle manière qu'elle exclut son opérativité dans les cas de défaut de comparution fautif ou pour simple convenance du demandeur dans la procédure d'origine. Le régime, ainsi configuré, coïncide substantiellement avec les dispositions de la majorité des régimes conventionnels, tant multilatéraux que bilatéraux, comme l'illustre par exemple l'article 9.c.i) de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005.

427. La pièce maîtresse du système établi est le contrôle de la compétence du tribunal d'origine. L'adoption dans le contexte américain de la Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères conclue à La Paz le 24 mai 1984 dans le cadre de la CIDIP, témoigne de l'importance de ce contrôle même si elle contient des lacunes significatives. Il n'est pas, non plus, pertinent sur ce point de prendre pour référence le régime établi au sein de l'Union européenne, plus particulièrement, dans le cadre du règlement Bruxelles I. En effet, celui-ci ne traite que de la reconnaissance réciproque des décisions de justice, c'est-à-dire entre les juridictions des États membres. Dans ce contexte, tout contrôle dans la phase de reconnaissance et d'exécution est pratiquement éliminé du fait de l'unification des règles de compétence judiciaire internationale des États membres et de la teneur du principe de confiance mutuelle.

Dans ce contexte, l'analyse comparée des législations démontre que progressivement les législations nationales ont dépassé la simple technique de bilatéralisation des règles de compétence internationale établies dans le système du for. Ainsi, il convient de relever d'importantes différences entre les législations nationales et les textes internationaux. Le choix s'est porté sur un modèle reprenant le critère qui prévaut et selon lequel la reconnaissance sera rejetée pour incompétence du juge étranger en cas de violation des compétences exclusives des juridictions de l'État requis ou la saisine de ces juridictions par les parties, et dès lors qu'il n'existe pas de rattachement de proximité raisonnable entre le litige et la juridiction qui a tranché.

428. La garantie nécessaire de la cohérence de l'ordre juridique de l'État requis empêche de reconnaître une décision étrangère qui n'est pas conciliable avec l'efficacité d'une décision du for ou d'une décision étrangère préalablement reconnue dans le for. Il s'agit d'un critère largement accepté dans les conventions internationales et les législations nationales dans ce domaine. Vont dans ce sens, l'article 9.f) et g) de la Convention de La Haye sur les accords d'élection du for ainsi que les articles 34.3 et 4 de la Convention de Lugano de 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Parmi les législations nationales, il convient de mentionner, à titre

d'exemple, l'article 27.2 de la loi suisse de DIPr de 1987, l'article 25.5 de la loi belge de DIPr de 2004 ainsi qu'aux États-Unis, la section 4(c)(4) de la *Uniform Foreign – Country Money Judgments Recognition Act* de 2005.

En outre, la présente règle fixe comme limite à la reconnaissance des décisions étrangères, l'existence d'une procédure pendante dans le for. Sur ce point, il convient de souligner que donner la prévalence inconditionnelle aux procédures pendantes dans le for, au regard des décisions déjà rendues à l'étranger, n'est pas une solution pertinente ni respectueuse des intérêts en présence. Il existe des raisons pour limiter la portée à donner à l'existence d'une procédure en cours dans l'État requis et qui peut donner lieu à une décision inconciliable avec la décision étrangère au regard des circonstances dans lesquelles la procédure a été engagée dans l'État préalablement requis. Ce choix est, sans doute, plus adéquat que l'application d'un critère très restrictif donnant la prévalence absolue aux procédures engagées dans l'État requis, ce qui faciliterait la mise en œuvre de stratégies ayant pour but de faire obstacle à la reconnaissance des décisions.

429. Il convient de mentionner qu'aucune condition supplémentaire ne pourra être ajoutée au présent article. En particulier, est maintenu le rejet du contrôle de la loi appliquée dans la décision d'origine, par conséquent la règle est cohérente avec le rôle qui lui est assigné, ainsi que le rejet du contrôle de la compétence du tribunal d'origine et ce, du fait de l'autonomie des règles relatives à la reconnaissance, à la loi applicable et à l'exigence d'absence de fraude.

Article 75. Procédure. 1. Les décisions étrangères sont reconnues de plein droit sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. La reconnaissance peut être demandée par voie incidente, sur reconvention ou sur demande contre un codéfendeur, ou invoquée comme moyen de défense.

2. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, toute partie intéressée peut demander à l'autorité compétente de statuer sur la reconnaissance ou la non reconnaissance d'une décision étrangère. Dans ce cas, la procédure de reconnaissance suit les règles procédurales de l'exequatur.

3. L'action d'exequatur est de la compétence des tribunaux de première instance. Le jugement du tribunal de première instance est susceptible d'appel.

430. Ces dispositions partent d'une distinction claire entre reconnaissance, déclaration constatant la force exécutoire et phase d'exécution au sens propre. La reconnaissance fait référence à l'efficacité dans l'État requis des effets procéduraux des décisions étrangères. Il est également possible que la décision étrangère produise certains effets en marge de la reconnaissance comme l'effet probant ou d'autres en lien avec les registres publics. D'autre part, il se peut que dans l'ordre juridique de l'État requis la reconnaissance de la décision soit une condition préalable à la production de certains effets et ce, indépendamment des effets qu'elle aura dans l'État d'origine. Il s'agit, en

particulier, du cas où la reconnaissance est exigée afin de permettre l'inscription sur un registre. Dès lors qu'il s'agit de faire valoir, hors de l'État d'origine, l'efficacité exécutoire d'une décision, il est nécessaire dans tous les cas d'obtenir une déclaration constatant la force exécutoire au travers de la procédure d'exequatur (ce n'est qu'une fois que cette déclaration est obtenue qu'il pourra être procédé à l'exécution au sens propre).

431. Le contexte du droit international et comparé présente une tendance affirmée à ne pas subordonner, en tout cas, la reconnaissance des décisions étrangères à une procédure spéciale ou l'exequatur. Cela à la différence de ce qui se passe pour la déclaration constatant la force exécutoire qui requiert une telle procédure.

Exiger cette procédure spéciale revient à exclure toute possibilité de faire valoir directement l'efficacité procédurale d'une décision étrangère devant une autorité caribéenne (en particulier, par voie incidente, son existence peut être invoquée devant l'autorité judiciaire saisie ou en se présentant directement devant la personne en charge du registre si l'enregistrement demandé repose sur la décision).

Cette solution amoindrit fortement l'efficacité transfrontalière des décisions étrangères car elle exige, dans tous les cas, d'obtenir la déclaration générale de reconnaissance au travers de la procédure établie pour l'obtention de la déclaration constatant la force exécutoire. Or, il existe une importante différence qualitative entre se prévaloir de l'efficacité exécutoire d'une décision étrangère et ne demander que la reconnaissance de son efficacité procédurale, spécifiquement la force de la chose jugée et l'effet constitutif. Cette différence qualitative porte sur le fait que pour se prévaloir de l'efficacité exécutoire d'une décision étrangère, il est exigé dans tous les cas une procédure spéciale (exequatur) ainsi que, en plus des conditions requises pour la reconnaissance, il est également exigé, comme condition, l'efficacité exécutoire de la décision dans l'État d'origine.

432. S'impose le fait de ne pas exiger, à titre général, de procédure spéciale de reconnaissance, ce qui rend alors possible la reconnaissance incidente (de la force de chose jugée ou de l'efficacité constitutive), ainsi que le fait de pouvoir invoquer directement les décisions étrangères devant les autorités (comme la personne en charge du registre où l'inscription est sollicitée) de l'État dans lequel il s'agit de les faire valoir. Cela s'impose, entre autres, pour non seulement apprécier les différences avec les situations pour lesquelles l'exécution est demandée (ou une déclaration générale de reconnaissance) et qui requièrent toujours l'exequatur, mais cela s'impose également pour analyser la nécessité d'ajuster l'ordre juridique à l'accroissement des situations pour lesquelles il est important de reconnaître les décisions étrangères.

433. Admettre la reconnaissance automatique et incidente n'exclut pas d'affirmer l'opportunité de faire référence à la nécessité d'une procédure en vue d'obtenir une déclaration générale de reconnaissance. Dans certaines occasions, bien qu'il soit possible de procéder à la reconnaissance automatique et incidente, il existe un intérêt à obtenir une déclaration judiciaire de reconnaissance ayant force contraignante *erga omnes*. De ce fait, une procédure pour demander cette déclaration générale de recon-

naissance est nécessaire. Dans les régimes qui admettent la reconnaissance automatique, il est commun que le mécanisme établi pour obtenir la déclaration constatant la force exécutoire serve également de déclaration générale de reconnaissance. Cette solution conduit à faire équivaloir la procédure générale de reconnaissance à la procédure permettant d'obtenir la déclaration constatant la force exécutoire.

434. Cette disposition traite également de la détermination des organes compétents pour connaître de la procédure de reconnaissance (déclaration générale de reconnaissance) et d'exécution (déclaration constatant la force exécutoire) des décisions étrangères. Ainsi, elle part du principe que les règles applicables sont les règles de procédure. Elle opte pour la décentralisation de la compétence et son attribution à des organes qui, à titre général, sont compétents en première instance. Il convient de signaler que ce principe est le plus répandu dans les instruments internationaux qui traitent de cette question. En outre, il s'agit d'une solution cohérente avec l'accroissement des situations dans lesquelles se pose l'efficacité transfrontalière des décisions de justice du fait de l'augmentation des relations de droit international privé. La solution retenue se fonde sur des raisons d'efficacité, d'adéquation rationnelle aux besoins de l'organisation judiciaire et aux attentes des justiciables.

Article 76. *Adoptions prononcées à l'étranger.* Les adoptions et institutions similaires de droit étranger ne sont pas reconnues lorsque leurs effets relatifs au lien de filiation ne sont pas substantiellement équivalents à ceux que produit le droit caribéen.

435. Dans le cas des adoptions, sans préjudice de l'application des causes de refus de reconnaissance établies à titre général, il convient d'établir un contrôle additionnel. La vérification de l'équivalence entre l'adoption réalisée à l'étranger et celle existant dans l'ordre juridique de l'État requis revêt, en matière de reconnaissance dans ce domaine, un intérêt particulier ainsi qu'une certaine complexité. Cela tout particulièrement quand l'État requis ne connaît que l'adoption plénière, équivalente à la filiation par nature, et qu'elle produit, à titre général, l'extinction des liens juridiques entre l'adopté et sa précédente famille, et que par nature elle est irrévocable.

Pour que l'adoption réalisée à l'étranger puisse être reconnue comme telle, il faut que l'ordre juridique d'origine produise les mêmes effets. Il s'agit, par conséquent, d'une circonstance qui revêt une importance particulière quant à la limitation de l'efficacité des adoptions simples ou non totalement plénières, qui sont fréquentes dans le panorama comparé, bien que sous des configurations très diverses. Dans ce contexte, il est important de préciser quel est l'ordre juridique qui détermine les effets de l'adoption réalisée à l'étranger (*v.gr.*, s'il s'agit d'une adoption simple ou plénière), dont la reconnaissance est demandée dans un autre pays.

436. L'adoption s'effectue normalement en vertu d'un acte national qui produit des effets primordiaux et directs. Cet acte, qui crée cette situation juridique, en

détermine la portée, et est le point de départ pour apprécier l'efficacité dans la Caraïbe de l'adoption réalisée à l'étranger. L'étendue des effets conduit à prendre comme point de départ les effets que la décision produit dans le pays d'origine. La loi applicable au fond par l'organe juridictionnel est déterminante quant à la portée de l'efficacité constitutive. À titre de principe, les droits et les obligations de l'adoptant et de l'adopté, le maintien des liens juridiques subsistant entre l'adopté et sa précédente famille, ainsi que son lien avec la nouvelle famille et l'éventuelle révocabilité de l'adoption sont déterminés par la loi appliquée lors de la constitution de l'adoption par l'organe d'origine dans la décision dont il est question.

La reconnaissance dans l'État requis comme adoption plénière ne peut pas se produire si les effets de l'adoption créée à l'étranger ne correspondent pas aux effets prévus pour l'adoption dans l'ordre juridique de l'État requis. Dans tous les cas, l'adoption réalisée à l'étranger dont les effets ne correspondent pas à l'adoption régie par les règles de l'État requis, ne pourra pas être reconnue comme adoption plénière. Cela n'exclut, toutefois, pas de pouvoir la reconnaître avec les effets qui lui sont propres dans l'État d'origine.

437. Dans les États parties à la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, il faut s'en tenir au caractère préférentiel des dispositions de la convention. Conformément à l'article 2, la convention ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation et, au même titre que l'article 26 régit les effets produits par la reconnaissance de l'adoption dans le cadre de la convention. Les autorités de l'État requis jouent un rôle important dans le mécanisme de coopération permettant de produire ces effets et elles peuvent déclarer que l'adoption est conforme à la convention lui permettant, éventuellement, de bénéficier du régime de reconnaissance établi dans la convention.

Article 77. Immunité d'exécution. Conformément aux règles du droit international public sur les immunités d'exécution les biens et avoirs que l'État étranger possède sur le territoire caribéen ne peuvent être l'objet de mesures coercitives à moins que les créanciers ne démontrent que les dettes se rattachent à une activité exclusivement économique. Les organismes et entités publiques d'un État étranger dont le patrimoine est principalement affecté à une activité économique ne bénéficient de l'immunité d'exécution qu'autant qu'ils établissent que la dette a été contractée pour le compte dudit État à des fins la rattachant à l'exercice de la souveraineté étatique.

2. L'immunité d'exécution des agents diplomatiques accrédités dans la Caraïbe est définie par les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie et, à défaut, par la coutume internationale.

3. L'immunité d'exécution des organisations internationales dont est membre la Caraïbe est définie par leurs traités constitutifs. Les agents de ces organisations bénéficient de l'immunité dans les termes fixés par ces traités.

438. L'immunité de l'État se pose quant aux mesures coercitives adoptées dans le cadre d'une procédure devant une juridiction. Dans la majorité des cas, ce problème survient après avoir résolu la question relative à la compétence de la juridiction de l'État du for sur l'État étranger, à savoir dès lors que l'argument de l'immunité de l'État a été rejeté⁵⁵⁷. Toutefois, l'immunité d'exécution recouvre également les mesures interlocutoires ou à caractère préventif, à savoir celles que le tribunal peut imposer sur des biens *ad fundandam jurisdictionem* et ce, même avant qu'il ne décide s'il est ou non compétent. L'immunité d'exécution revient à déterminer si, du fait de leur situation sur le territoire de l'État du for, certains biens appartenant à l'État étranger pourraient faire l'objet de mesures coercitives ordonnées par le tribunal du for, comme des saisies, mises sous séquestre ou exécutions forcées. Dans la pratique, cette immunité revêt davantage d'importance que la propre immunité de juridiction tant pour l'État défendeur que pour le particulier qui a choisi de l'assigner devant le tribunal du lieu. L'État a un intérêt, fort compréhensible, de ne pas perdre le contrôle sur ses biens, par exemple sur les comptes ouverts par son ambassade ou par son gouvernement dans les banques de l'État du for. Le particulier, à son tour, attend à juste titre que le tribunal adopte les mesures nécessaires pour que l'éventuelle décision rendue en sa faveur puisse être exécutée et produire les effets tangibles.

En effet, si les juridictions d'un État se sont déclarées compétentes pour connaître d'une demande présentée à l'encontre d'un État étranger, il peut arriver d'une part que le demandeur sollicite l'adoption de mesures coercitives à titre préventif contre les biens dudit État, comme par exemple une saisie. D'autre part, la décision judiciaire une fois rendue en faveur du particulier pose le problème de savoir si elle peut être exécutée contre les biens d'un État étranger. C'est le cas, si l'État étranger possède dans les deux cas l'*immunité d'exécution*. Pour cette raison, il faut savoir que cette immunité a suivi une évolution parallèle à l'immunité de juridiction, absolue au départ pour devenir relative ensuite. Bien qu'il faille prendre en compte que cela s'est produit de façon plus restrictive que dans le cas de l'immunité de juridiction.

439. Dans cette matière, il convient de se référer au régime établi par le Convention adoptée par l'A.G. de 2004 qui interdit toute mesure coercitive contre les biens d'un État étranger, tant avant le jugement (article 18) qu'après (article 19). Toutefois dans les deux cas, il existe des exceptions : 1) Quand l'État étranger a consenti expressément à l'application de telles mesures par un accord international ou un contrat ; 2) Quand il a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure. Ce à quoi s'ajoute, eu égard aux mesures d'exécution postérieures au jugement, que l'exécution s'effectuera si les biens sont spécifiquement utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'État du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée (article 19). En complément,

⁵⁵⁷*Vid. supra*, le commentaire de l'art. 7.

l'article 21 de la convention précise que sont considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à des fins commerciales, les biens suivants :

- a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ;
- b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de fonctions militaires ;
- c) Les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État ;
- d) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;
- e) Les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente.

Par ces dispositions, il incombe au particulier de prouver que le bien objet de l'exécution ne bénéficie pas de l'immunité. Mais l'énumération des cas pour lesquels un bien de l'État bénéficie de l'immunité n'est pas excessif vu qu'il se fonde sur la pratique internationale. Et, d'autre part, elle a le mérite de résoudre la question débattue par le passé, relative aux comptes bancaires des organes extérieurs à un État étranger.

Enfin, les articles 22 à 24 de la Convention règlent certaines questions de nature procédurale en lien avec les immunités juridictionnelles. Parmi ces questions, d'une part, il est indiqué qu'à défaut d'accord ou d'arrangement particulier, toutes les significations et notifications effectuées par les juridictions du for relative à l'engagement d'une procédure ne doivent pas être adressées directement à l'État étranger par le juge ou la juridiction, mais doivent être transmises « par voie diplomatique au Ministère des affaires étrangères de l'État concerné ». Et la notification est considérée comme étant réalisée « dès réception des documents par le Ministère des affaires étrangères ». L'article 23 prévoit, en complément des dispositions spécifiques sur le délai pour engager une procédure *in absentia* à l'encontre de l'État étranger ou pour que ce dernier puisse exercer un recours à l'encontre de la décision rendue.

Chapitre II

Effacité probatoire des actes publics étrangers

Article 78. Actes publics étrangers. 1. Constituent des actes publics les actes étrangers auxquels, en vertu des traités ou conventions internationales ou de lois particulières, il y a lieu d'attribuer force probante.

2. À défaut de traité ou convention internationale et de loi particulière, sont des actes publics ceux qui réunissent les conditions suivantes :

i) qu'ils aient été délivrés par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à cette fin dans l'État d'origine ;

ii) qu'ils aient été objet d'une légalisation ou aient reçu une apostille et qu'ils réunissent les autres conditions nécessaires à leur authenticité dans la Caraïbe ;

iii) que leur délivrance ou leur établissement ait respecté les conditions qui sont exigées dans le pays où ils ont été délivrés. Si ces délivrance ou établissement sont effectués par une autorité diplomatique ou consulaire accréditée dans la Caraïbe, les conditions à respecter sont celles que prévoit la loi de l'État d'envoi ;

iv) que dans l'État d'origine l'acte fasse pleine preuve de la signature et de son contenu.

3. Quand les actes étrangers auxquels se réfèrent les paragraphes précédents de cet article comprennent des déclarations de volonté, l'existence de celles-ci est tenue pour établie, mais leurs effets sont ceux que déterminent les règles caribéennes et étrangères applicables en matière de capacité, d'objet et de forme des actes juridiques.

440. Dès lors qu'il s'agit d'efficacité probatoire des actes publics, il est fait référence à une réalité complexe⁵⁵⁸. Dans un ordre logique, il convient de distinguer en premier lieu, la propre authenticité ou véracité de l'acte public, ou, ce qui revient au même, sa force probatoire extrinsèque. En second lieu, et seulement après avoir résolu l'authenticité de l'acte, il convient d'apprécier sa capacité à servir de preuve de l'existence de l'acte juridique qui est matérialisé dans ledit document ou, autrement dit, sa force probatoire intrinsèque. Si cette force probatoire est reconnue, une question additionnelle se pose afin d'apprécier sa force probatoire au regard d'autres moyens de preuve quels qu'ils soient. Enfin, la preuve de l'acte une fois établie, la reconnaissance de sa validité est un acte indépendant.

441. À titre général, la présente disposition introduit un traitement de l'efficacité des actes publics étrangers dans l'État de réception par l'établissement d'une série de contrôles⁵⁵⁹. Son contenu étendu englobe non seulement les actes publics étrangers délivrés par d'autres États, mais également les actes délivrés dans l'État de réception par les autorités diplomatiques ou consulaires étrangères qui y sont habilitées. Autrement dit, le caractère d'extranéité de l'acte public est toujours déterminé par la nationalité de l'autorité qui le délivre, autorité qui, en outre, doit intervenir obligatoirement dans sa délivrance.

⁵⁵⁸*Vid.*, pour tous, P. Jiménez Blanco, "La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 365-404.

CONC. : Art. 172 de la loi panaméenne de DIPr ; art. 73 du projet dominicain.

Il faut distinguer la force probatoire du document (sa capacité à prouver l'acte qu'il contient) et, d'autre part, l'efficacité même de l'acte contenu dans ce document (paragraphe 3). Pour le premier, il suffit de remplir les conditions prévues au paragraphe 2. Pour le second, il est exigé en outre toutes les conditions relatives à la validité de l'acte : capacité des parties (**article 23**), validité du lien quant au fond (*lex causae*), et validité du lien quant à la forme. Cette distinction détermine les exigences et les conditions qui vont être exigées pour donner effet aux actes étrangers dans l'État de réception. Celles-ci varient selon qu'il est souhaité de donner plein effet ou non à l'acte qu'ils contiennent. Dans le premier cas, il est nécessaire de remplir les conditions relatives à la validité de l'acte, alors que pour le second, il suffira de vérifier la régularité du document, avec une application cumulée des lois de l'État d'origine et de celles du for, ainsi que de vérifier son effet probatoire dans l'État d'origine. À cette fin, le présent article ne se limite pas à introduire les conditions de l'efficacité des actes publics étrangers dans le domaine procédural, mais il vise également l'efficacité extra-procédurale, et plus particulièrement les formalités d'enregistrement. Sur ce point, les dispositions pertinentes en la matière dans l'État de réception viennent en complément.

442. Comme cela a été indiqué, est qualifié d'acte public tout acte délivré par une autorité publique. Toutefois, le paragraphe 2.i) élargit les conditions d'intervention à « toute autre autorité habilitée à cette fin dans l'État d'origine ». Par une telle formulation, l'article respecte le concept même d' « autorité publique », qui peut comporter dans certains cas d'importants problèmes d'identification. Ainsi, il convient de souligner le débat en droit européen portant sur la position juridique et l'exercice du « pouvoir public » par les notaires. L'énonciation du paragraphe 2.i) de la présente loi permet d'ajouter à son champ d'application toute autorité expressément habilitée par la législation du l'État d'origine pour délivrer des actes publics, sans prendre en considération l'intervenant à l'acte comme pouvoir public ou non.

443. Les contrôles établis dans le paragraphe 2, ii) relatifs à l'authenticité du document (légalisation ou, le cas échéant, l'apostille) servent logiquement à vérifier la régularité externe du document : habilitation de l'autorité pour la délivrance et la qualité en laquelle elle a agi. Cette régularité peut être vérifiée soit d'office, soit à la demande d'une partie. La condition d'authenticité par excellence est la légalisation du document, une pratique qui tend à s'adoucir, et même à être éliminée, à travers la coopération internationale. Cet acte consiste en la certification par un fonctionnaire public de l'authenticité de la signature d'un acte public délivré par une autorité étrangère, ainsi que de la condition ou de la qualité de l'autorité en question. Quant aux solutions prévues dans les conventions internationales, il convient d'indiquer que la tendance s'oriente vers la suppression de toutes les conditions de forme, y compris la disparition de la formalité de l'apostille, pour lui substituer la « confiance ».

Concernant la légalisation, la question quant à l'acte concerné par cette formalité peut s'avérer particulièrement problématique. La pratique démontre que, dans quelque occasion, l'acte devant produire des effets dans l'État de réception est

accompagné d'un certificat émis par les autorités de l'État d'origine (par lequel il est attesté que le document remplit les conditions et les exigences prévues par ce droit) et c'est, précisément, ce certificat (et non le document d'origine) qui est légalisé. Le problème évident consiste à savoir si cette légalisation s'avère suffisante. En effet, si la légalisation sert à prouver la régularité externe du document au regard de l'autorité qui la délivre, rien n'empêche que ce soit une autorité (désignée par le droit de l'État d'origine) qui authentifie, à condition que postérieurement et le cas échéant, elle atteste de la qualité de l'autorité étrangère qui a certifié.

Dans tous les cas, il s'avère important de souligner que l'absence de légalisation d'un acte, si celle-ci est exigée, n'emporte pas en soi l'inefficacité totale de cet acte, mais lui donne uniquement les effets d'un acte sous seing privé ou en affaiblit sa valeur probatoire.

444. Parmi les différents textes internationaux, il convient de donner une place particulière, vu sa portée, à la Convention de La Haye, du 5 octobre 1961, qui supprime entre les États l'exigence de la légalisation des actes publics et qui bénéficie d'un rayonnement quasi-universel⁵⁶⁰. La convention s'applique aux actes publics qui ont été établis sur le territoire d'un État contractant et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre État contractant, à l'exception des documents établis par des agents diplomatiques ou consulaires et des documents administratifs ayant trait directement à une opération commerciale ou douanière.

La convention de La Haye supprime l'exigence de la légalisation diplomatique ou consulaire des actes publics étrangers par l'apposition sur l'acte public d'une apostille ou par une mention certifiant l'authenticité de l'origine de l'acte public. Il convient de prendre en compte que l'apostille n'atteste pas du contenu de l'acte. L'« apostille » ou la légalisation unique, dont le modèle est joint en annexe de la convention, doit remplir les exigences de forme et de présentation prévues dans la convention. Il convient de souligner qu'elle peut être rédigée dans la langue officielle de l'autorité qui la délivre bien que le titre « *Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)* » devra être mentionné en langue française. Il convient de rappeler que l'exigence de l'apostille pourra être écartée si deux États parties l'ont supprimée par un accord bilatéral.

445. L'exigence prévue dans le paragraphe 2, iii) du présent article est subordonnée au respect des conditions de délivrance ou d'établissement de l'acte dans le lieu de délivrance. Cette condition nécessite de vérifier, comme condition préalable à son efficacité, la régularité intrinsèque de l'acte au regard des conditions établies dans l'État d'origine. Ce renvoi à la loi du lieu de délivrance, comme règle rectrice de la régularité de l'acte, requiert l'intervention obligatoire d'une autorité lors de sa délivrance, ce qui suppose à son tour, l'opérativité de la règle *auctor regit actum*. La teneur de cette règle se résume à l'obligation pour l'autorité publique

⁵⁶⁰Les pays de l'espace OHADAC ayant signé la convention sont les suivants : Antigua-et-Barbuda, la Barbade, le Belize, la Colombie, le Costa Rica, le Honduras, le Mexique, le Panama, la République Dominicaine, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, le Suriname, Trinité-et-Tobago et le Venezuela.

d'appliquer son propre droit au moment de dresser un acte déterminé. Le principe de souveraineté, au sens strict, justifie l'application de cette règle qui ne contrevient pas, pour la réglementation de la forme des actes, au principe *locus regit actum*. Par conséquent, dans la majorité des cas, la loi nationale de l'autorité publique coïncide avec le lieu de délivrance de l'acte.

Partant du lien entre l'autorité publique et la délivrance de l'acte, se pose la nécessité également d'établir le lien entre la loi, qui attribue la compétence à cette autorité, et la soumission de celle-ci aux règles établies par la présente loi, dans la mesure où elle fixe les conditions et les exigences à la délivrance des actes. Au regard des deux éléments, il en est facilement déduit qu'il convient de retenir la loi de l'autorité comme droit régissant l'acte.

La loi du lieu de délivrance est une option majoritairement suivie en droit comparé. Les raisons sont variées. D'une part, il existe un point de convergence entre la *lex loci actum* du document et la forme des actes : ceux-ci sont traditionnellement soumis à la *lex loci regit actum*⁵⁶¹, et la présente loi type requiert à de nombreuses occasions l'établissement de ces actes précisément sous la forme d'actes publics. Cette convergence explique, de ce fait, le lien entre les actes et la forme des actes. D'autre part, sur le plan pratique, il n'existerait qu'une différence entre l'application de la *lex loci* ou de la règle *auctor* dès lors qu'il s'agit d'actes dressés par des autorités diplomatiques et consulaires d'un État habilitées par un autre État. Le paragraphe 2, iii) vise également l'efficacité dans l'État de réception des actes délivrés par des autorités diplomatiques ou consulaires étrangères habilitées dans l'État de réception ou dans un autre pays, à partir de la règle *auctor*, qui demeure la solution suivie.

Dans tous les cas, la règle *auctor* signifie uniquement que la loi de l'autorité est celle qui établit le cadre et les conditions d'intervention de l'autorité, mais il ne peut pas en être déduit que l'application obligatoire et exclusive de son droit matériel en découle. Dans ce sens, il faut penser aux cas dans lesquels la règle *auctor* permet l'application de lois étrangères pour déterminer des aspects en lien avec la délivrance et l'établissement de l'acte.

446. Le champ d'application du paragraphe 2, iii), applicable à la « régularité » ou la « validité » de l'acte, comme condition préalable et nécessaire à son efficacité, doit être distingué de la portée du contrôle qui doit être effectué pour vérifier la régularité de celui-ci. Évidemment, pour être considéré comme « acte public », l'acte ne doit pas seulement émaner d'une autorité publique compétente, agissant dans l'exercice de ses fonctions, mais doit également remplir les conditions prévues par la loi de l'État auquel appartient l'autorité qui intervient⁵⁶². De ce fait, apparaît immédiatement le problème quant à la portée et à la procédure de contrôle à réaliser par l'État de reconnaissance sur la « régularité » dudit acte. Il s'agit de savoir si

⁵⁶¹Vid. M. Requejo Isidro, *Ley local y forma de los actos en el DIPr español*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 35 et seq.

⁵⁶²P. Gothot et D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 Septiembre 1968*, (trad. de I. Pan Montojo), Paris, Júpiter, 1985, p. 229 ; J. Maseda Rodríguez, "El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968", *La Ley: Unión Europea*, 1999, n° 4829, pp. 1-6, p. 2.

l'effet probant d'un acte public étranger est subordonné à un contrôle rigoureux et exhaustif de tous les éléments conférant la pureté d'un acte public. En particulier, il s'agit de contrôler la compétence de l'autorité qui délivre l'acte et l'application des exigences de forme établies par la loi de cette autorité. Quant à l'autorité, celle-ci doit être une autorité publique (ou habilitée à cet effet dans l'État d'origine). Elle doit intervenir dans le champ de ses compétences et de ses fonctions et elle doit « dresser » l'acte, c'est-à-dire être l'auteur de l'acte et ne pas avoir simplement certifié la signature de l'acte dressé par les parties. Les autres conditions garantissant la validité formelle de l'acte, portent sur l'intervention de l'autorité publique et les modalités et formalités matérielles à respecter pour que les déclarations de volonté et les faits fassent foi. Ces conditions requises, permettant de considérer que l'acte est public, ressortent clairement de l'interprétation stricte du paragraphe commenté. Elles s'avèrent non seulement nécessaires pour l'effet probant « renforcé » de l'acte mais également, et avec plus de rigueur, pour ses autres effets (inscription au registre, exécution). Le problème résiderait sur les réelles possibilités, la procédure et les moyens concrets à mettre en œuvre pour effectuer le contrôle de la validité ou de la nullité formelle de l'acte public.

La constatation de la régularité de l'acte dans l'État d'origine conduit à analyser, au regard de ce droit, si le défaut, l'omission ou l'irrégularité constatée est réellement une cause de nullité formelle de l'acte dans ledit État. En ce sens, il peut arriver que l'inobservation par l'autorité, des règles de compétence lors de la délivrance de l'acte, ne sera pas une cause de nullité de l'acte conformément au droit de l'État d'origine. Cela pourrait même conduire à relever une violation des règles de droit international public, quant à l'exercice extraterritorial des fonctions des notaires ou des consuls non autorisés ou ne respectant pas les dispositions de la loi de l'État dans lequel ils exercent leur fonctions. Dans ce cas, si une véritable violation de souveraineté de cet État est avérée, il faudrait considérer la primauté du droit international public sur les dispositions de la loi de l'État d'origine.

447. Les actes publics étrangers posent une question différente. Après avoir satisfait aux contrôles prévus au paragraphe 2 i), ii) et iii), ils sont équivalents aux actes publics de l'État de réception puisqu'ils revêtent la même « présomption de véracité », quant à leur contenu, et dégagent la force probante spécifique des actes publics⁵⁶³. Un tel privilège, déterminant l'efficacité de l'acte jusqu'à ce que sa véracité soit remise en cause, découle des contrôles auxquels il a satisfait pour revêtir l'authenticité et qui lui ont été imposés par la loi de l'État d'origine pour produire la même force probante dans cet État.

Dans ce contexte, le paragraphe 2 iv) impose, pour l'efficacité des actes étrangers dans l'État de réception, qu'ils satisfassent aux exigences nécessaires dans l'État d'origine pour que l'acte « fasse pleine preuve de la signature et de son contenu ». La place privilégiée que les actes publics occupent comme mode de preuve requiert l'intervention d'une autorité sous une qualité déterminée, à savoir qu'elle ne consiste

⁵⁶³Il faut donc distinguer deux concepts : la « présomption d'authenticité » (relative à l'auteur du document) et la « présomption de véracité » (relative aux faits relatés). *Vid.* Ch. Reithmann et D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5^{ème} éd., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 1996, pp. 510-511.

pas simplement à attester la signature des personnes qui sont intervenues à l'acte mais également à conférer force probante au contenu même de l'instrument. Le point de départ est le modèle notarial relevant du système latin. Cela suppose, en premier lieu, que l'acte soit régulier dans l'État d'origine au regard des conditions signalées ou, au moins, que l'irrégularité éventuelle n'affecte pas sa force probante conformément à ce droit. Mais cela suppose également, en second lieu, un contrôle de l'« équivalence » de l'acte, et pour qu'il fasse « pleine preuve » dans l'État de réception il doit remplir cette condition dans l'État d'origine. S'il ne réussit pas le test de l'équivalence, cela n'entraînera pas un rejet de l'acte étranger mais une requalification de l'acte correspondant davantage à ses caractéristiques propres (*v.gr.*, avec force probante d'un acte sous seing privé).

Il est opéré, ici, un double système de contrôle de la force probante : le premier, en vertu de la loi de l'acte (loi de l'autorité l'ayant émis) en vue de contrôler sa portée dans l'État d'origine, le second, en vertu de la loi de l'État de réception pour donner à l'acte, là où il conviendra, la qualité de preuve documentaire conformément à ce droit. Ce double contrôle produit, à son tour, un double effet. Le premier est positif car l'acte dressé dans l'État d'origine doit avoir le même effet qu'un acte équivalent dressé dans l'État de réception. Le second est négatif car il serait injustifié que l'État d'accueil rejette ou restreigne la force probante de l'acte équivalent dressé dans l'État d'origine.

Les difficultés de mise en pratique de ce contrôle sont atténuées en fonction du type d'acte dont il est question, selon qu'il se limite à constater des faits (actes de notoriété) ou qu'il insère des déclarations de volonté (contrat) ou des actes juridiques (extraits de registres du mariage). Dans ce dernier cas, il s'avère plus difficile de contrôler l'équivalence vu que l'acte est soumis à un contrôle de légalité.

Il est déterminant pour apprécier la « pleine preuve » en justice de constater, au regard de la loi d'origine, que l'acte se situe au sommet de la hiérarchie des moyens de preuve (qu'il ne puisse pas être dénaturé par d'autres moyens de preuve, comme cela est le cas de la force probante reconnue à la preuve testimoniale dans le système anglo-saxon). En outre, la formulation et la portée du critère de « pleine preuve » devrait conduire à penser à un régime de preuve imposée, qui de ce fait ne pourrait pas être soumise à la libre appréciation de la preuve ou d'une appréciation conjointe aux autres instruments probatoires.

448. Pour comprendre la portée de l'article commenté, il convient de délimiter deux concepts qui sont différents, même s'ils sont logiquement liés l'un à l'autre, et qui relèvent d'une réglementation diverse en DIPr. D'une part, il y a les moyens de preuve qui servent à prouver l'existence d'un rapport juridique et, d'autre part, il y a la force probante de ces moyens (à savoir qu'ils peuvent être remis en cause par d'autres moyens de preuves voire contestés en justice). Le présent article ne régit que le second des deux concepts. En effet, dès lors qu'un acte remplit les conditions du paragraphe 2 de présent article 78, ce document présentera un plein effet probant. Toutefois, reste en dehors du champ d'application du présent article, le fait de savoir si l'acte, en tant que tel, est le moyen de preuve approprié pour attester d'un acte juridique précis. Il convient, donc, de déterminer la loi applicable aux moyens de preuve et tout porte à s'orienter vers une qualification « procédurale » des moyens

de preuve. Cela conduit à appliquer la *lex fori* pour déterminer les preuves admissibles, sauf dans les cas spécifiques où la loi de la *lex causae* (loi régissant les rapports) sera considérée applicable si les moyens de preuve établis dans la *lex fori* minimisent les interdictions posées par cette loi.

449. Le contour de la force probante des actes publics, au regard de la loi de l'acte, sert à déterminer parmi les faits rapportés ceux qui perdent leur force probante par la remise en cause de la véracité de l'acte et ceux qui, hors du contenu de l'acte, peuvent être remis en cause par un autre mode de preuve sans remettre en cause la véracité de l'acte. Concrètement, appartiennent à la deuxième catégorie la fraude à l'acte juridique comme les vices de consentement dans leur formation ou aussi la véracité intrinsèque des déclarations de volonté effectuées par les parties à l'acte. À titre général, toutes ces situations se trouvent hors du champ de protection de la force probante des actes publics car la validité et les effets de l'acte juridique dressé restent soumis, comme cela est indiqué dans le paragraphe 3 de l'article 78, par le droit les régissant. Il en résulte que si la loi de l'acte étend la force probante à des éléments comme la capacité des parties ou la validité de l'acte ou du rapport juridique, et leur reconnaît une présomption de validité, celle-ci ne sera pas prise en compte. Ainsi, l'acte public peut prouver, par exemple, que les parties ont comparu par-devant notaire et ont formulé des déclarations de volonté précises avec l'intention de conclure un contrat. Or, l'acte ne sert pas à prouver la propre validité du contrat, parce que cela nécessiterait de vérifier qu'il s'agit d'un accord de volonté réel (non simulé) et non vicié (par erreur, dol ou intimidation). Tel que cela a été indiqué, le premier point (le fait que des déclarations de volonté aient ou non été formulées) perdra sa validité dès lors que la véracité de l'acte sera remise en cause. Au contraire, le second point (relatif à la validité même du contrat) sera attesté dès lors que les conditions requises pour la formation valable de celui-ci seront remplies, ce qui revient à dire que les qualifications juridiques effectuées par le notaire ne font pas foi.

L'étendue de la force probante des actes publics peut varier dès lors que l'acte ne contient pas de déclarations de volonté (propres aux actes de disposition), mais des déclarations dites de science (propres aux actes testimoniaux ou actes notariés, par exemple, foi de vie). La référence faite au paragraphe 3 aux seules « déclarations de volonté » ne doit pas être interprétée comme un refus des effets probatoires des faits que rapporte le notaire. En effet, il n'y aurait aucune raison de refuser cet effet probatoire aux documents étrangers, si dans l'État d'origine ce type d'actes juridiques fait aussi foi de tels faits. Si le paragraphe 3 ne le prévoit pas expressément, c'est pour établir clairement qu'en matière d'actes de disposition, la preuve des déclarations de volonté est une chose différente que la propre existence et les effets de l'acte juridique dont il s'agit. Pour cette raison, mentionner uniquement ce type de document prend tout son sens puisque les actes purement testimoniaux ne peuvent que prouver les faits auxquels ils se rapportent, mais ne peuvent en aucun cas poser un problème de la validité même des actes juridiques, pour laquelle l'application des règles de capacité de fond et de forme ne sera pas soulevée.

Article 79. Traduction. Sans préjudice des dispositions des conventions internationales ou des lois particulières, tout acte rédigé en une langue qui n'est pas langue officielle de l'État où il est présenté sera accompagné de sa traduction.

Une traduction privée peut être présentée et si, en tel cas, une des parties la conteste dans les cinq jours suivant sa communication, en déclarant qu'elle ne la considère pas fidèle et exacte et en précisant les divergences, le greffier demandera une traduction officielle de l'acte, dans sa partie affectée par les divergences, aux frais de celui qui l'a présentée.

Toutefois, ces frais seront transférés à la charge de la partie qui conteste, si la traduction officielle effectuée sur sa demande, se révèle substantiellement identique à la traduction privée.

450. La présente disposition supplée logiquement aux solutions concrètes susceptibles de découler des conventions internationales. En outre et au regard de la portée générale de la présente loi de DIPr, la règle relative à la traduction établie par le présent article 79 doit être comprise sans préjudice des règles spécifiques figurant dans des secteurs particuliers. Par exemple, en matière de formalité d'enregistrement et si la loi le prévoit ainsi, l'exigence de traduction peut être assouplie dans le cas où la personne en charge du registre comprendrait la langue dans laquelle le document est rédigé.

En outre, chaque domaine concret devra déterminer les conséquences qu'entraîne la présentation d'un document non-traduit : le rejet ou non du document, les répercussions que cette absence de traduction peut avoir sur la poursuite d'une procédure judiciaire ainsi que les solutions possibles en l'absence de traduction et leurs conditions.

451. L'article 79 établit la validité de la traduction privée comme règle générale et prévoit qu'il ne sera fait recours à une traduction officielle qu'en cas de contestation. De cette manière, la présente disposition vise à éviter que des traductions privées fassent l'objet de contestations abusives et à des fins purement dilatoires. Cela explique pourquoi les frais de traduction sont à la charge de la partie qui conteste, dans le cas où la traduction officielle se révèle substantiellement identique à la traduction privée présentée par l'autre partie.

TITRE V

DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 80. Application dans le temps. 1. La présente loi s'applique à toutes les procédures introduites après la date de son entrée en vigueur, sans préjudice des droits acquis.

Cependant, les actes effectués et les faits survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, mais qui continuent à produire leurs effets, sont régis par la loi antérieure à cette date pour la période antérieure et par la loi nouvelle pour la période postérieure.

2. Les juges et autorités de la Caraïbe saisis de demandes présentées avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi conservent leur compétence même si celle-ci ne leur est pas conférée par la présente loi.

Devant les juges et autorités de la Caraïbe, les actions rejetées pour incompétence avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi peuvent être exercées de nouveau si compétence leur en est conférée par cette dernière, pourvu que la demande soit encore recevable.

3. Les dispositions de la présente loi relatives aux conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères s'appliquent aux demandes de reconnaissance et d'exécution qui sont pendantes à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

452. L'application dans le temps des règles de DIPr prend un relief particulier. Si les règles juridiques et, en particulier, celles propres à cet ordre juridique sont énoncées par le législateur dans le but de régir une conduite future en établissant par avance des valeurs et des intérêts déterminés, ces règles en question doivent se fonder sur un instrument normatif complémentaire prenant en compte les faits passés ou les situations de *facta pendentia*⁵⁶⁴.

Les systèmes nationaux de DIPr se caractérisent par l'inexistence ou l'insuffisance de ces instruments (règles de droit transitoire). Ces systèmes se caractérisent également par le transfert dans ces instruments de valeurs discutables qui dénaturent souvent l'objectif initial de la révision juridique effectuée. Les règles transitoires traditionnelles, confortablement incluses dans les codes civils, ne peuvent offrir de

⁵⁶⁴CONC. : Art. 196 de la loi suisse de DIPr ; art. 126 et 127 du code belge de DIPr ; art. 72 de la loi italienne de DIPr ; art. 3 du projet argentin.

réponse cohérente à ces questions, qui ne relèvent pas exclusivement du domaine matériel mais également de la procédure. Il est bien connu que la formulation de la règle traditionnelle de non-rétroactivité de la loi, qui s'adresse exclusivement à l'interprète de la loi, découle de textes déclaratoires relatifs aux droits de la personne. Il est indéniable que cette règle a été formulée suite aux injustices induites par les lois et aux décisions judiciaires à effet rétroactif. Elle a donc été établie comme corollaire du principe de légalité et en faveur du droit à la sécurité juridique du citoyen. En outre, cette règle vise à protéger les libertés civiles et constitue un postulat de sécurité juridique consubstantiel pour l'exercice du commerce. Cette approche est intimement liée au phénomène de codification et atteint des objectifs fondamentaux comme la stabilité et la sécurité juridique. En d'autres termes, la non-rétroactivité est une formule rigide mais confortable qui illustre l'époque où l'accent était mis sur la sécurité juridique. Elle est également une formule représentant un facteur d'ordre et de sécurité dont l'existence même vise à garantir l'ordre social⁵⁶⁵. Selon l'idée directrice de l'époque, dans une société bien organisée, toute personne doit exercer son activité juridique en pleine conscience des conséquences qui en découlent. Par conséquent, la loi ne doit pas avoir d'effets rétroactifs, car cela pourrait susciter une incertitude déconnectée de la réalité.

À l'heure actuelle, l'attention a été attirée sur les situations injustes susceptibles de découler de la règle de non-rétroactivité en son état pur⁵⁶⁶ ainsi que sur l'échec d'un critère préétabli et général ayant pour objectif de résoudre tous les cas de conflit intertemporel susceptibles de survenir. La reconnaissance de l'application immédiate de la nouvelle loi posera toujours un problème d'articulation avec les situations encore régies par la loi précédente. Par conséquent, il est impossible de résoudre la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la loi à l'aide de critères axiomatiques. En outre, dans tous les cas, l'application par analogie des dispositions transitoires des codes civils à des solutions concrètes ne semble pas être une démarche adaptée. Cela est d'autant plus vrai à une époque de profonds changements législatifs. La règle générale de non-rétroactivité a donc un caractère subsidiaire et ne s'appliquera que lorsque la nouvelle loi n'a rien prévu concernant son caractère rétroactif.

453. Pour les raisons évoquées ci-dessus, du point de vue de la loi applicable dont traite de titre III de la présente loi, le principe de non-rétroactivité connaît deux exceptions : le respect des droits acquis et reconnus dans la Caraïbe, conformément aux limites adéquates fixées par l'**article 71**, ainsi que le cas où les faits ou actes juridiques controversés ont pris naissance avant l'entrée en vigueur de la présente loi, tout en continuant de produire des effets juridiques. Dans ce dernier cas, la solution la plus équitable consiste à ce que ces faits ou actes soient régis par l'ancien droit pour la période antérieure à cette date et par le nouveau droit pour la période postérieure⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵Cf. P. Level, *Essai de systématisation sur les conflits des lois dans le temps*, Paris, 1959, LGDJ, p. 290.

⁵⁶⁶D. Donati, "Il contenuto del principio della irretroattività della legge", *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. LV, 1915, pp. 235–257 et 117–193.

⁵⁶⁷C'est la formulation employée dans l'art. 196.2° de la loi suisse de DIPr de 1987.

Cette solution est acceptée dans la majorité des systèmes nationaux de DIPr, qui penchent clairement en faveur de la solution faisant appel aux règles internes générales en matière de non-rétroactivité des lois. Il n'existe aucune raison de s'écarter de ce principe. Des positions plus nuancées existent bien⁵⁶⁸, y compris dans le cadre d'un système spécifique⁵⁶⁹. Or, dès lors qu'un législateur décide de réformer les règles de DIPr, il faut souligner que cette initiative serait restreinte si elle n'intégrait pas les règles transitoires qui étendent les nouvelles valeurs aux situations antérieures sur la base de la spécialisation des matières régies. Incontestablement, la règle traditionnelle continue d'être valide en matière d'obligations contractuelles. Cependant, d'autres institutions nécessitent des solutions plus spécifiques, en particulier dans le domaine du droit de la famille, qui étend les conquêtes juridiques d'une société démocratique à des situations antérieures (égalité des époux et de leurs enfants face à la loi, efficacité globale de marché, etc.).

454. Les questions intertemporelles relatives à l'application des règles comprises dans le titre III de la présente loi surviennent quand une procédure est engagée sur la base de certains fors de compétence précis. Et lorsque cela engendre un changement normatif qui affecte ces fors en retirant la compétence à la juridiction saisie de l'affaire. Il existe plusieurs solutions. D'un côté, il peut être procédé à une transposition pure et simple des solutions propres à la succession des règles de conflit, qui part d'une ressemblance entre les liens de rattachements et les fors de compétence et qui doit s'en tenir aux règles du paragraphe 1 du présent article. D'un autre côté, cela peut se faire en fixant un moment décisif (une date critique) à partir duquel il est admis que, si les juridictions étaient compétentes, leur compétence devra être prolongée jusqu'à la fin de la procédure et ce, indépendamment du changement normatif. L'établissement de cette date prévoit la possibilité qu'une action, refusée par les juges ou par les autorités du for à défaut de compétence antérieure, pourra être engagée de nouveau si la nouvelle loi établit leur compétence et à condition que l'argument puisse être invoqué⁵⁷⁰.

Des raisons d'économie de procédure ainsi que l'appréciation de la nature distincte des règles de compétence judiciaire et législative invitent à maintenir cette deuxième option à travers le principe dit de la *perpetuatio iurisdictionis*. En DIPr, en l'absence de règle législative établie en la matière, il est admis à titre général que le problème devra être résolu conformément au présent article. Pour ce faire, les solutions en

⁵⁶⁸Tous les cas de succession de la règle de conflit dans le temps ne peuvent être réglés en appliquant les mêmes règles. Une série d'hypothèses possibles peut être évoquées : a) succession dans le temps de règles de conflit législatives ; b) succession dans le temps de règles de conflit de caractère jurisprudentiel ou coutumier ; c) règle de conflit législative en vigueur, modifiée par une autre de caractère jurisprudentiel ou coutumier ; d) règle de conflit de caractère jurisprudentiel ou coutumier modifiée par une autre plus récente de caractère législatif ; e) règle de conflit législative, modifiée par une autre d'un traité international ; f) succession dans le temps de règles de conflit de caractère conventionnel. *Vid.* F. A. Mann, "The Time Element in the Conflict of Law", *British Yearb. Int'l L.*, vol. XXXI, 1954, pp. 217–247 ; P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits de lois dans le temps)*, 2ème éd., Paris, 1960, pp. 23–29.

⁵⁶⁹C'est la solution qu'a adoptée l'Allemagne, à travers sa disposition transitoire qui comprend la loi de réforme de l'EGBGB du 25 juillet 1986, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 326–327.

⁵⁷⁰P. Roubier, "De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, 1960, pp. 525 *et seq.*

faveur de la compétence nationale seront appliquées de manière extensive, ce qui se justifie du fait du caractère non déclinatoire de la juridiction nationale.

455. En ce qui concerne l'efficacité des décisions étrangères reconnues dans le titre IV, l'impact du facteur temps est particulièrement intense⁵⁷¹. Cela est dû à la solution de continuité susceptible d'exister au moment où la décision étrangère est rendue et celui où sa demande d'exécution est présentée, sachant qu'entre les deux intervient l'entrée en vigueur de la présente loi. Il y a donc lieu de considérer que les demandes de reconnaissance et d'exécution qui sont pendantes à la date d'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par cette dernière en ce qui concerne les conditions de reconnaissance et d'exécution.

Article 81. *Disposition abrogatoire.* Sont abrogées toutes les dispositions antérieures qui règlent la matière formant l'objet de la présente loi et qui lui sont contraires.

456. Les règles abrogatoires ne renvoient pas à une conduite donnée mais à la validité des règles précédentes⁵⁷². Comme il est d'usage dans les lois de DIPr, en particulier dans celles qui visent une réglementation générale, le présent article prévoit que l'applicabilité des lois précédentes est limitée dans le temps. Bien que cela limite leur caractère régulateur ces règles abrogées ne sont pas pour autant annulée, comme indiqué dans les règles transitoires de l'**article 80**.

Le présent article favorise le mécanisme de dérogation tacite tout en respectant l'incompatibilité susceptible d'exister entre les lois précédentes et la présente loi type, qu'elle soit adoptée dans son intégralité ou partiellement. Cela a pour effet de limiter la positivité d'une règle, c'est-à-dire de suspendre son application et sa capacité à réglementer. Toutefois, dans tous les cas, le présent article accorde une présomption de validité quant à son application à des situations survenues lorsqu'elle était en vigueur. L'abrogation tacite d'une disposition, comme dans le cas présent ne constitue pas une omission de la part du législateur mais le choix, lors de la création d'une nouvelle règle, de cesser d'appliquer cette dernière dans les cas où elle ne peut se concilier avec la règle récemment adoptée. Opter pour l'abrogation expresse implique qu'il faudrait confronter la présente loi au reste de l'ordonnancement l'ayant adoptée. Le législateur aurait une charge de travail conséquente et manifestement excessive à réaliser. Le travail législatif doit donc se concentrer sur les questions spécifiques définies par le parlement lui-même afin d'offrir aux destinataires de ces lois une sécurité juridique et un cadre permettant de les interpréter et de les appliquer de manière adéquate.

⁵⁷¹Cf. A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 65 *et seq.*

⁵⁷²H. Kelsen, "Derogation", *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Bob Merrill Hill Co, 1962, pp. 339-355.

LOI TYPE OHADAC DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TITRE I

Dispositions communes

Article 1. *Objet de la loi.* 1. La présente loi fixe le régime des relations privées internationales en matière civile et commerciale. Elle régit en particulier :

- i) l'étendue et les limites de la juridiction caribéenne ;
- ii) la détermination du droit applicable ;
- iii) la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

2. Sont internationales les relations privées qui se relie à plus d'un ordre juridique par leurs éléments constitutifs, correspondant à la personne de leurs sujets, à leur objet ou à leur création.

Article 2. *Matières exclues.* Sont exclus du champ d'application de la présente loi :

- i) les matières fiscale, douanière et administrative ;
- ii) la sécurité sociale ;
- iii) l'arbitrage commercial ;
- iv) la faillite et autres procédures analogues.

Article 3. *Traités internationaux.* 1. Les dispositions de la présente loi s'appliquent dans la mesure où elles s'accordent avec les dispositions des Traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie. En cas de contradiction, les dispositions des traités prévalent.

2. Dans l'interprétation de ces traités, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'exigence de leur interprétation uniforme.

Article 4. *Lois spéciales.* Les dispositions de la présente loi s'appliquent sous réserve des

lois spéciales réglementant les relations privées internationales. En cas de contradiction, les lois spéciales prévalent.

Article 5. *Détermination du domicile et de la résidence habituelle.* 1. Aux fins de la présente loi, on entend par :

- i) *domicile* : le lieu de la résidence habituelle ;
- ii) *résidence habituelle* :
 - a) le lieu où la personne physique est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir. Pour déterminer ce lieu, il est tenu compte en particulier de circonstances de nature personnelle, familiale et professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ;

- b) le lieu où la société ou la personne morale a son siège social, son administration centrale ou son centre principal d'activité ;

- c) le lieu où est situé l'administration d'un trust ou le centre de ses principaux intérêts.

2. Aucune personne physique ne peut avoir deux ou plusieurs domiciles.

TITRE II

Étendue et limite de la juridiction caribéenne en matière civile et commerciale

Chapitre I

Domaine de la juridiction caribéenne

Article 6. *Domaine général de la juridiction.* 1. Les tribunaux caribéens ont juridiction sur les procédures engagées en territoire caribéen entre Caribéens, entre étrangers et entre Caribéens et étrangers selon ce qui est établi par la présente loi et par les

Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Les étrangers ont accès aux tribunaux caribéens de la même manière que les nationaux et jouissent du droit à une protection juridictionnelle effective. Nul dépôt, ni caution, quelle qu'en soit la dénomination, ne pourra être exigé du demandeur ou de l'intervenant que ce soit en raison de sa qualité d'étranger ou que ce soit en raison de son défaut de domicile ou de résidence sur le territoire.

3. Les accords d'élection de for sont licites lorsque le litige revêt un caractère international. Un litige revêt un caractère international lorsqu'il comporte un élément d'extranéité correspondant à ceux visés à l'article 1er §2.

Article 7. Immunité de juridiction. 1. Conformément aux règles du droit international, l'immunité de juridiction de l'État étranger et de ses organes fait exception à la juridiction caribéenne. En matière civile et commerciale les tribunaux caribéens définissent de manière restrictive le champ de cette immunité en n'y comprenant exclusivement que les litiges portant sur des actes impliquant l'exercice de la puissance publique (*actes jure imperii*).

2. L'immunité de juridiction en matière civile et commerciale des agents diplomatiques accrédités auprès de la Caraïbe est définie par les Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

3. L'immunité de juridiction en matière civile et commerciale des Organisations internationales dont est membre la Caraïbe est définie par leurs traités constitutifs. Les agents de ces organisations bénéficient de l'immunité dans les termes fixés par ces traités.

Article 8. Exception d'arbitrage. 1. Lorsqu'un litige couvert par une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal caribéen alors que le tribunal arbitral est déjà saisi, le tribunal caribéen déclare la demande irrecevable.

2. Lorsqu'un litige couvert par une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal caribéen alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le tribunal caribéen déclare la demande irrecevable, sauf si la

convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

Chapitre II

Chefs de compétence

Article 9. Compétences exclusives. Les tribunaux caribéens sont exclusivement compétents sur les litiges ayant pour objet :

i) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles lorsque le bien est situé sur le territoire caribéen ;

ii) la constitution, la validité, la nullité et la dissolution de la société ou de la personne morale dont le domicile est situé sur le territoire caribéen ainsi que la validité des accords et décisions de ses organes qui affectent son existence *erga omnes* et ses règles de fonctionnement ;

iii) la constitution, la validité, la nullité, l'extinction ainsi que l'existence à l'égard des tiers du trust domicilié sur le territoire caribéen ;

iv) la validité ou la nullité des inscriptions effectuées sur un registre caribéen ;

v) l'inscription ou la validité des brevets d'invention et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou un enregistrement, lorsque que ce dépôt ou cet enregistrement a été demandé ou effectué dans la Caraïbe ;

vi) la reconnaissance et l'exécution en territoire caribéen des décisions judiciaires et des sentences arbitrales prononcées à l'étranger ;

vii) les mesures provisoires et conservatoires qui doivent être exécutées dans la Caraïbe ;

viii) la détermination de la nationalité caribéenne.

Article 10. Prorogation volontaire de la compétence des tribunaux caribéens. 1. La compétence générale des tribunaux caribéens est prorogée lorsque ceux-ci ou l'un d'entre eux sont désignés de manière expresse ou tacite par les parties, à moins que le litige ne porte sur une des matières visées aux articles 8 et 12, auxquels il n'est pas permis de déroger par accord.

La prorogation volontaire dans les matières visées aux alinéas iv), v) et vi) de l'article 14 est valable si :

i) elle est fondée sur un accord d'élection de for postérieur à la naissance du différend ; ou si

ii) les deux contractants ont l'un et l'autre leur domicile dans la Caraïbe au moment de la conclusion de l'accord ; ou si

iii) le demandeur est le consommateur, le salarié, le preneur d'assurance, l'assuré, la victime ou le bénéficiaire du contrat d'assurance.

2. La compétence ainsi établie s'étend à la question de la validité de l'accord d'élection de for, lequel doit satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe suivant.

Article 11. Compétence générale fondée sur le domicile du défendeur et compétences spéciales. 1. Dans les contentieux autres que ceux visés à l'article 8 et à défaut de prorogation volontaire conforme à l'article 9, les tribunaux caribéens sont compétents lorsque le défendeur a ou est réputé avoir son domicile dans la Caraïbe, sans préjudice des compétences établies aux articles 13 et 14.

2. En cas de pluralité de défendeurs dont l'un au moins a son domicile dans la Caraïbe, les tribunaux caribéens sont compétents, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps.

Article 12. Derogatio fori. Toutefois, la compétence des tribunaux caribéens résultant de l'article 11 peut être écartée par un accord d'élection de for en faveur d'un tribunal ou des tribunaux d'un pays étranger. En ce cas, les tribunaux caribéens sursoient à statuer jusqu'à ce que le tribunal saisi sur le fondement de l'élection de for se déclare incompétent.

Article 13. Droit de la personne et de la famille. Sans préjudice des compétences établies aux articles précédents, les tribunaux caribéens sont compétents :

i) en matière de déclaration d'absence ou de décès, lorsque la personne qui en est l'objet a eu sa dernière résidence habituelle en territoire caribéen ; les tribunaux caribéens

connaissent aussi de la déclaration d'absence ou de décès lorsqu'elle forme l'objet d'une question incidente à la question principale dont ils sont saisis ;

ii) en matière d'incapacité et de mesures de protection de la personne ou des biens des mineurs et incapables, lorsque le mineur ou l'incapable a son domicile ou sa résidence habituelle dans la Caraïbe ;

iii) en matière de mesures de protection de la personne ou des biens des majeurs, lorsque le majeur a son domicile ou sa résidence habituelle dans la Caraïbe ;

iv) en matière de relations personnelles et patrimoniales entre époux, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, lorsque les époux ont tous les deux leur résidence habituelle dans la Caraïbe au moment de la demande ou lorsqu'ils ont eu leur dernière résidence habituelle commune dans la Caraïbe et que le demandeur continue de résider dans la Caraïbe au moment de la demande, de même que lorsque les deux époux ont tous les deux la nationalité caribéenne ;

v) en matière de filiation lorsque l'enfant a sa résidence habituelle dans la Caraïbe au moment de la demande ou lorsque le demandeur est Caribéen et réside dans la Caraïbe depuis au moins six mois au jour de la demande ;

vi) en matière de formation de l'adoption lorsque celui qui en est l'objet a sa résidence habituelle dans la Caraïbe ou partage avec l'adoptant la nationalité commune caribéenne ;

vii) en matière d'aliments, lorsque le créancier a sa résidence habituelle en territoire caribéen et lorsque la demande d'aliments se joint à une action d'état à l'égard de laquelle les tribunaux caribéens sont compétents.

Article 14. Droit patrimonial. 1. Sans préjudice des compétences établies aux articles précédents, les tribunaux caribéens sont compétents dans les matières suivantes :

i) les obligations contractuelles nées ou devant être exécutées dans la Caraïbe ;

ii) les obligations non contractuelles lorsque le fait dommageable s'est produit ou pourrait se produire en territoire caribéen ou lorsque l'auteur du dommage et la victime ont

l'un et l'autre leur résidence dans la Caraïbe ; les tribunaux caribéens compétents en matière pénale sont également compétents pour prononcer sur la responsabilité civile des dommages découlant de l'infraction ;

iii) les litiges relatifs à l'exploitation d'une succursale, agence ou établissement commercial quand ceux-ci se situent en territoire caribéen ;

iv) les contrats conclus par les consommateurs lorsque le consommateur a son domicile dans la Caraïbe tandis que l'autre partie exerce dans la Caraïbe ou, par quelque moyen, dirige vers la Caraïbe les activités professionnelles dans le cadre desquelles le contrat a été conclu. Dans les autres cas, la règle énoncée à l'alinéa i) ci-dessus s'applique au contrat de consommation ;

v) les assurances, lorsque l'assuré, le preneur d'assurance, la personne lésée ou le bénéficiaire de l'assurance ont leur domicile dans la Caraïbe ; l'assureur peut également être attrait devant les tribunaux dominicains si le dommage est subi dans le territoire caribéen et s'il s'agit d'assurance de responsabilité civile ou d'assurance portant sur des biens immobiliers, ou, en cas d'assurance de responsabilité civile, si les tribunaux caribéens ont compétence pour connaître de l'action de la personne lésée contre l'assuré en vertu du paragraphe 2 du présent article ;

vi) les actions relatives aux biens meubles, lorsque ceux-ci sont situés en territoire caribéen au moment de la demande ;

vii) les successions, lorsque le défunt avait son dernier domicile dans la Caraïbe ou possédait des biens immobiliers dans la Caraïbe.

2. En matière de contrats de travail, les employeurs peuvent être attirés devant les tribunaux caribéens si le travail est accompli habituellement dans la Caraïbe ; ou, si le travail n'est pas accompli habituellement dans un même pays, lorsque l'établissement qui a embauché le travailleur est situé dans la Caraïbe.

Article 15. *For de nécessité.* 1. Les tribunaux caribéens sont également compétents lorsqu'il est établi que la cause présente un lien avec la Caraïbe tel qu'elle peut y être utilement traitée et

i) qu'une procédure à l'étranger est impossible en droit ou en fait, ou

ii) que la décision qui résulterait d'une procédure à l'étranger ne serait pas susceptible de reconnaissance dans la Caraïbe.

2. Lorsque le demandeur est domicilié dans la Caraïbe ou est titulaire de la nationalité caribéenne, la condition de lien utile est satisfaite.

Article 16. *Mesures provisoires et conservatoires.* Les tribunaux caribéens sont également compétents pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque ces mesures

i) concernent des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire caribéen et doivent y être exécutées, ou

ii) sont demandées à l'occasion d'un différend ressortissant à leur compétence.

Article 17. *Incompétence des tribunaux caribéens.* 1. Les tribunaux caribéens ne sont pas compétents sur les causes qui ne leur sont pas dévolues par les dispositions de la présente loi, ni par celles des Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Lorsque le défendeur comparait, l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond à peine d'irrecevabilité.

3. Lorsque le défendeur ne comparait pas, les tribunaux caribéens doivent se déclarer d'office incompétents.

4. Les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'une demande pour laquelle les tribunaux d'un autre État ayant adopté la présente loi sont exclusivement compétents en vertu de l'article 9.

Article 18. *Forum non conveniens.* 1. Les tribunaux caribéens peuvent, sur demande du défendeur, décliner leur compétence en raison de faits extérieurs au territoire caribéen si :

i) il est utile de recueillir des témoignages alors que les témoins résident à l'étranger et que le recueil de ces témoignages à l'étranger ou la comparution des témoins devant le

tribunal caribéen serait excessivement onéreux pour l'une ou l'autre des parties ; ou

ii) il est utile que le juge procède à des vérifications personnelles à accomplir sur des faits litigieux à l'étranger ;

iii) ces faits ont été commis à l'étranger.

2. Les tribunaux caribéens déclinent leur compétence lorsque la loi applicable leur suppose des pouvoirs qui ne leur sont pas dévolus par la loi caribéenne et qu'il y aurait lieu d'exercer en l'espèce.

Article 19. Exception de litispendance. 1. Lorsque, avant que soit saisi le tribunal caribéen, une autre demande ayant le même objet et la même cause a été formée entre les mêmes parties devant le tribunal d'un autre État, les tribunaux caribéens sursoient à statuer jusqu'à ce que le tribunal étranger premier saisi se prononce sur sa compétence. Si le tribunal étranger premier saisi se déclare compétent en se fondant sur un chef de compétence jugé raisonnable au regard des règles de reconnaissance et exécution des décisions étrangères, le tribunal caribéen saisi en deuxième lieu se dessaisit.

2. Toutefois, l'exception de litispendance est repoussée si la saisine du tribunal caribéen se fonde sur les dispositions de l'article 9. L'exception est également repoussée si la saisine du tribunal caribéen se fonde sur un accord d'élection de for qui est conforme à l'article 10 et emporte l'exclusivité du for élu.

Article 20. Exception de connexité. Lorsque deux demandes sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps et si l'une est portée devant un tribunal étranger et l'autre devant un tribunal caribéen, le tribunal caribéen peut, sur demande d'une partie et hors les cas de compétence exclusive visés aux articles 9 et 10, se dessaisir à condition que le tribunal étranger soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

Article 21. Compétence interne. Lorsque les juridictions caribéennes sont compétentes en vertu de la présente loi, la compétence d'attribution et la compétence territoriale sont déterminées au besoin par les dispositions pertinentes du code de procédure civile.

À défaut de dispositions susceptibles de fonder la compétence territoriale, celle-ci est déterminée par transposition des chefs de compétence internationale. Lorsque cette transposition ne permet pas de déterminer la compétence territoriale, la demande est portée devant le tribunal choisi par le demandeur dans le respect des exigences de bonne administration de la justice et d'économie procédurale.

TITRE III

Détermination du droit applicable

Chapitre I

Règles de conflit de lois

Section première

Personnes

Article 22. Jouissance et exercice des droits. 1. L'attribution et le terme de la personnalité juridique sont déterminés par le droit caribéen.

2. L'exercice des droits civils est régi par la loi du domicile.

Article 23. Capacité et état des personnes. 1. Sans préjudice des autres dispositions de la présente loi, la capacité et l'état de la personne physique sont régis par la loi de son domicile. Toutefois, les conditions de capacité spécialement exigées par la loi applicable à un rapport de droit déterminé sont gouvernées par la loi régissant ce rapport de droit.

Sont exceptés les cas d'incapacité visés par l'article 50.

2. Le changement de domicile ne peut réduire une capacité acquise.

Article 24. Droits de la personnalité. 1. L'existence et le contenu des droits de la personnalité sont régis par la loi du domicile de la personne. Toutefois, les droits de la personnalité nés d'un rapport de famille ou de succession sont régis par la loi applicable à ce rapport.

2. Les conséquences de la violation des droits mentionnés au paragraphe précédent

sont régies par la loi applicable à la responsabilité civile pour fait illicite.

Article 25. *Nom et prénoms.* 1. Les nom et prénoms d'une personne sont régis par la loi du domicile au moment de la naissance. Toutefois, au moment de la déclaration de naissance, les parents d'un commun accord ou celui d'entre eux qui détient la responsabilité parentale pourront décider que les nom et prénoms de l'enfant seront régis par la loi nationale de celui-ci.

2. Dans tous les cas, la déclaration de naissance d'une personne et son inscription sur les registres caribéens sont régis par la loi de la Caraïbe.

Article 26. *Déclaration d'absence ou de décès.* La déclaration d'absence ou de décès est déterminée par la loi de l'État où la personne avait son domicile avant sa disparition.

L'administration provisoire des biens de l'absent sera régie par la loi de l'État sur le territoire duquel celui-ci avait son domicile et, si ce domicile ne peut être déterminé, par la loi de la Caraïbe.

Article 27. *Sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée.* 1. Les sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée sont régies par le droit selon lequel elles sont constituées.

2. La loi applicable aux sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée gouverne :

- i) l'existence, la capacité et la nature de la société ;
- ii) le nom et le siège social ;
- iii) la constitution, la dissolution et la liquidation ;
- iv) la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des organes sociaux ;
- v) les relations internes entre associés et les rapports entre la société et les associés, ainsi que les obligations à caractère social des administrateurs ;
- vi) l'acquisition, la perte et la transmission de la qualité d'associé ;

vii) les droits et obligations afférents aux actions ou aux parts sociales et à leur exercice ;

viii) la responsabilité des associés et administrateurs en cas de manquement à la réglementation des sociétés ou aux statuts de la société ;

ix) l'étendue de la responsabilité à l'égard des tiers à la société du fait des agissements de ses organes.

Article 28. *Transfert du siège social.* Le transfert du siège statutaire d'une société ou d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée d'un État vers un autre affecte la personnalité dans les limites prévues par les droits desdits États. En cas de transfert du siège statutaire sur le territoire d'un autre État, la société est régie par le droit de cet État dès le moment du transfert.

Section II

Rapports de famille

Article 29. *Formation du mariage.* 1. La capacité de contracter mariage est régie par le droit du domicile de chacun des futurs époux.

2. Les conditions de fond et de forme du mariage sont régies par la loi caribéenne.

3. Est réputé valable le mariage célébré à l'étranger conformément à la loi du lieu de célébration ou reconnu valable par la loi du domicile ou de la nationalité de l'un ou de l'autre époux.

Article 30. *Rapports personnels entre époux.* Les rapports personnels entre époux sont régis par la loi du domicile conjugal immédiatement établi après la célébration du mariage ; à défaut d'un tel domicile, par la loi de la nationalité commune au moment de la célébration et, à défaut de nationalité commune, par la loi du lieu de célébration du mariage.

Article 31. *Rapports patrimoniaux dans le mariage.* 1. Les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par la loi qui a été désignée par les époux préalablement à la célébration du mariage parmi les lois suivantes :

i) la loi nationale de l'un des époux au moment de cette désignation ;

ii) la loi du domicile de l'un des époux au moment de cette désignation ;

iii) la loi du domicile de l'un des époux après la célébration du mariage.

Le choix de l'une de ces lois devra être exprès et être consigné dans un écrit ; il porte sur l'ensemble des biens du ménage.

2. À défaut de cette désignation, les rapports patrimoniaux entre les époux sont régis par la loi applicable aux relations personnelles d'après les dispositions de l'article 30.

3. Les époux peuvent au cours du mariage convenir par écrit de soumettre leur régime matrimonial à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un d'eux.

4. La loi gouvernant les rapports patrimoniaux entre époux conformément aux paragraphes précédents, qu'elle soit choisie ou non, est applicable aussi longtemps que les époux n'ont pas choisi valablement une autre loi, indépendamment des éventuels changements de nationalité ou de domicile de l'un ou de l'autre d'entre eux.

Article 32. Nullité du mariage. Sans préjudice des autres dispositions de la présente loi, les causes de nullité du mariage sont déterminées par la loi applicable à sa célébration.

Article 33. Divorce et séparation de corps. 1. Les époux peuvent convenir par écrit avant ou au cours du mariage de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse d'une des lois suivantes :

i) la loi de l'État dans lequel les époux ont leur domicile commun au moment de la conclusion de la convention ;

ii) la loi de l'État du lieu du dernier domicile conjugal, si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ;

iii) la loi de la nationalité commune des époux au moment de la conclusion de la convention.

2. À défaut de convention de choix, sera applicable la loi du domicile commun des

époux au moment de la saisine de la juridiction ; à défaut d'un tel domicile, la loi du dernier domicile conjugal si au moins un des deux époux y réside encore ; à défaut, la loi caribéenne.

3. Après l'introduction de la demande, les époux peuvent décider que la séparation de corps ou le divorce sera régi par la loi caribéenne.

Article 34. Unions non conjugales. 1. La loi du lieu de constitution des partenariats enregistrés ou reconnus par l'autorité compétente détermine les conditions de formation et d'enregistrement, les effets sur les biens et les conditions de dissolution de l'union.

2. Les partenaires peuvent convenir par écrit au cours de l'union de soumettre leurs relations patrimoniales à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un d'eux. Cette convention ne peut préjudicier aux droits des tiers.

3. Tout effet de l'union qui ne reçoit pas une solution spécifique de la présente loi est soumis à la loi de la résidence habituelle des partenaires.

Article 35. Établissement de la filiation. 1. La filiation est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance.

2. Toutefois, la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de l'introduction de la demande en déclaration de filiation s'applique si elle est plus favorable à l'enfant.

3. La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle est conforme à la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance ou au moment de la reconnaissance, ou à la loi de la résidence habituelle ou à celle de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance.

Article 36. Adoption des mineurs. La loi caribéenne s'applique à l'adoption prononcée par une autorité caribéenne. Toutefois, doivent être prises en compte les conditions relatives aux consentements et autorisations nécessaires posées par la loi nationale ou de la résidence habituelle de l'adopté ou de l'adoptant.

Article 37. Adoption des majeurs. L'adoption d'un majeur est soumise à loi de son domicile au moment de sa constitution.

Section III

Protection des incapables et obligations alimentaires

Article 38. Responsabilité parentale et protection des mineurs. 1. La responsabilité parentale ou toute institution analogue est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Les mesures de protection de la personne ou des biens du mineur sont déterminées par la loi de la Caraïbe. Toutefois, l'autorité compétente pourra appliquer la loi de la résidence habituelle si elle est plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. Les mesures conservatoires et urgentes concernant la personne ou les biens du mineur incapable seront prises à titre provisoire en application de la loi caribéenne.

4. Les lois désignées aux paragraphes précédents sont mises en œuvre en prenant impérativement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

Article 39. Protection des incapables majeurs. 1. Les conditions et les effets des mesures de protection des incapables majeurs sont régis par la loi de la résidence habituelle de l'incapable.

2. Les mesures conservatoires et urgentes concernant la personne ou les biens du majeur incapable seront prises à titre provisoire en application de la loi caribéenne.

Article 40. Obligations alimentaires. Les obligations alimentaires sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier. Dès le changement de résidence habituelle, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique.

2. Toutefois, la loi caribéenne s'applique si, d'après la loi désignée au paragraphe 1, le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur.

3. La loi applicable à l'annulation du mariage, au divorce ou à la séparation de corps régit le droit aux aliments entre conjoints ou ex-conjoints issu de ces situations.

4. La mise en œuvre des lois désignées aux paragraphes précédents prendra en considération les ressources du débiteur et les besoins du créancier.

Section IV

Successions et donations

Article 41. Succession à cause de mort. 1. La succession à cause de mort est régie par la loi du domicile du défunt au temps de son décès. Sans préjudice des dispositions des paragraphes suivants, cette loi s'applique à l'ensemble de la succession, sans considération de la nature ni du lieu de situation des biens.

2. Le testateur peut choisir de soumettre la totalité de sa succession à la loi de son domicile ou à la loi de sa nationalité au moment du choix. Le choix devra s'effectuer de manière expresse dans les formes des dispositions à cause de mort ou pourra résulter de manière certaine des termes d'une disposition de ce type.

3. Les testaments établis en conformité de la loi du domicile au jour de leur rédaction conservent leur validité quelle que soit la loi gouvernant la succession. Dans tous les cas, la réserve, la légitime et les droits de nature analogue dont peuvent être bénéficiaires le conjoint ou les enfants du défunt se régleront, le cas échéant, sur la loi que les paragraphes 1 et 2 du présent article déclarent applicable à la succession.

4. Les pactes successoraux concernant une seule succession et conclus en conformité de la loi du domicile du défunt au jour de leur conclusion conservent leur validité même si une autre loi s'avère applicable à la succession. Les pactes successoraux concernant plus d'une succession sont régis par la loi du domicile de l'un de leurs auteurs choisie par tous ; à défaut de choix, par la loi du domicile commun des auteurs au moment de la conclusion du pacte ; à défaut de domicile commun, par la loi nationale commune et, à défaut de celle-ci, par la loi avec laquelle le pacte présente les liens les

plus étroits compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Dans tous les cas, la réserve, la légitime et les droits de nature analogue dont peuvent être bénéficiaires le conjoint ou les enfants du défunt se régleront, le cas échéant, sur la loi que les paragraphes 1 et 2 du présent article déclarent applicable à la succession.

5. Le partage de la succession est régi par la loi applicable à la succession à moins que les successibles ne désignent d'un commun accord la loi du lieu d'ouverture de la succession ou celle du lieu de situation de la majeure partie des biens héréditaires.

Article 42. *Forme des dispositions testamentaires.* Les dispositions testamentaires sont valables en la forme si elles répondent aux exigences de la loi du lieu où le testateur a disposé, ou de la loi du domicile du défunt au moment de l'acte ou au moment du décès, ou par la loi nationale du défunt au moment de l'acte ou au moment du décès.

Article 43. *Succession de l'État.* Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers, si la loi applicable à la succession ne les attribue pas à l'État, les biens successoraux situés dans la Caraïbe passent à l'État caribéen.

Article 44. *Donations.* 1. Les donations sont régies par la loi du domicile du donateur au moment de la donation.

2. Nonobstant la disposition du paragraphe précédent, le donateur peut, par déclaration expresse insérée dans l'acte de donation, soumettre celle-ci à la loi de sa nationalité.

3. La donation est valable en la forme si elle est considérée telle par la loi qui la régit au fond ou par la loi du pays où elle est effectuée.

Section V

Obligations contractuelles

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.

Article 46. *Détermination de la loi applicable à défaut de choix.* 1. Si les parties n'ont pas fait choix d'une loi ou si leur choix est inefficace, la loi applicable au contrat est déterminée par les dispositions suivantes :

i) le contrat de vente de marchandises est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;

ii) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

iii) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

iv) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;

v) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

vi) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

vii) le contrat qui a pour objet principal l'exploitation de droits de propriété industrielle ou intellectuelle est régi par la loi du pays de l'exploitation des droits lorsque ceux-ci sont relatifs à un seul pays ; s'ils sont relatifs à plus d'un pays, la loi de la résidence habituelle du titulaire des droits s'applique.

2. Lorsque le contrat est distinct de ceux énumérés au paragraphe précédent, la loi applicable est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation

caractéristique du contrat a sa résidence habituelle.

3. S'il résulte clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays distinct de celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

4. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Article 47. Contrats de travail. 1. La loi applicable au contrat individuel de travail est celle que les parties ont choisie conformément à l'article 45, qui s'applique seulement dans la mesure où elle n'affaiblit pas les standards de protection du travail prévus par la loi que détermine le paragraphe 2 ci-dessous.

2. Les contrats de travail sont régis par la loi du pays dans lequel est habituellement effectuée la prestation de travail, à moins qu'il ne ressorte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

3. Si le lieu où s'effectue habituellement la prestation de travail ne peut être déterminé, la loi applicable est celle du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

Article 48. Contrats conclus par les consommateurs. 1. Les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel ou entrepreneur qui, par tout moyen, dirige ses activités vers le pays de la résidence habituelle du consommateur et qui contracte dans le cadre de ces activités, sont soumis aux dispositions suivantes.

2. Le choix par les parties de la loi applicable à de tels contrats ne peut affaiblir les standards de protection du consommateur prévus par la loi de la résidence habituelle du consommateur.

3. La loi applicable au contrat à défaut de choix conforme à l'article 45 est la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

4. Les règles énoncées aux paragraphes précédents sont applicables aux contrats d'assurance.

Article 49. Domaine de la loi applicable.

La loi applicable au contrat en vertu des dispositions de l'article précédent régit notamment :

i) son interprétation ;

ii) les droits et obligations des parties ;

iii) l'exécution des obligations qu'engendre le contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où le paiement d'une indemnité compensatoire peut être déterminé ;

iv) les divers modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la déchéance des actions ;

v) les conséquences de la nullité ou invalidité du contrat ;

vi) l'acquisition et la perte *inter partes* d'un droit réel dans les termes de l'article 56.2.

Article 50. Incapacité. Dans les contrats conclus entre personnes se trouvant dans la Caraïbe, les personnes physiques qui jouiraient de la capacité selon la loi caribéenne ne peuvent invoquer leur incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.

Article 51. Forme. 1. Un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans le même État est valable en la forme s'il satisfait aux conditions établies par le droit qui régit ledit contrat d'après les articles précédents ou aux conditions exigées par le droit de l'État de sa conclusion.

2. Si les personnes se trouvent dans des États différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions établies par le droit qui régit le contrat ou s'il satisfait aux conditions prévues par la loi du lieu où est effectuée l'offre ou l'acceptation.

Section VI

Obligations extracontractuelles

Article 52. Règle générale. La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'un fait dommageable est la loi choisie par le responsable et la victime. Le choix de la loi doit être exprès ou résulter de manière évidente des circonstances de la cause.

2. À défaut de choix, la loi du pays où le dommage se produit s'applique, quel que soit le pays où le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels les conséquences indirectes de fait surviennent ; toutefois, si la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes précédents, la loi de cet autre pays s'applique.

Article 53. Responsabilité du fait des produits défectueux. La loi applicable à l'obligation extracontractuelle résultant d'un dommage causé par un produit est :

i) la loi du pays dans lequel la personne lésée avait sa résidence habituelle au jour du dommage, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

ii) à défaut, la loi du pays dans lequel le produit a été acheté, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

iii) à défaut, la loi du pays dans lequel le dommage est survenu, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

iv) à défaut, la loi du pays dans lequel se situe l'établissement du responsable.

2. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe précédent, la loi de cet autre pays s'applique.

Article 54. Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence. 1. La loi applicable à une obligation extracontractuelle découlant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts

collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

2. La loi applicable à une obligation extracontractuelle découlant d'une atteinte à la concurrence est la loi du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être ;

3. Les actes de concurrence déloyale qui affectent exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé relèvent de la règle générale de l'article 52.

4. Le choix de la loi applicable conforme à l'article 52.1 ne peut concerner que les conséquences économiques découlant pour les parties de ces obligations extracontractuelles.

Article 55. Dommage environnemental. La responsabilité pour dommage environnemental est régie, au choix de la victime, par la loi du lieu où le dommage se produit ou par la loi du lieu où est survenu le fait générateur du dommage.

Article 56. Atteinte aux droits de propriété intellectuelle. 1. La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée.

2. Le choix de la loi applicable conforme à l'article 52 ne peut concerner que les conséquences économiques découlant pour les parties de ces obligations extracontractuelles.

Article 57. Domaine de la loi applicable. La loi applicable à l'obligation extracontractuelle régit notamment :

i) les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent ;

ii) les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et le partage de responsabilité ;

iii) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages ou la réparation demandée ;

iv) les mesures propres à assurer la prévention, la cessation ou la réparation du dommage ;

v) la transmissibilité, y compris à cause de mort, de l'action en dommages-intérêts ou en réparation ;

vi) les personnes ayant droit à la réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi ;

vii) la responsabilité du fait d'autrui ;

viii) le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension des délais de prescription et de déchéance.

Section VII

Biens

Article 58. Possession et droits réels. 1. La possession, la propriété et les autres droits réels sur les biens meubles et immeubles sont régis par la loi de l'État dans lequel ils se trouvent.

2. La même loi régit l'acquisition, la modification et la perte de la possession, de la propriété et des autres droits réels, sauf dans le domaine des successions et dans les cas où l'attribution d'un droit réel dépend d'un rapport de famille ou d'un contrat. Le lieu de situation d'un bien s'entend de celui où se trouve le bien objet du droit au moment où intervient l'acte déterminant ces effets juridiques.

Article 59. Droits réels sur les biens en transit. Les droits réels sur les biens en transit sont régis par la loi du lieu de destination.

Article 60. Droits réels sur les moyens de transport. Les droits réels sur les automobiles, les matériels roulant ferroviaires, les aéronefs ou les bateaux sont régis par la loi du pays de leur pavillon, de leur immatriculation ou de leur enregistrement.

Article 61. Droits de propriété intellectuelle. Les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, sont régis par la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée.

Article 62. Droits sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en compte. Les droits réels sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en

compte sont régis par la loi de l'État dans lequel est situé le compte principal, lequel s'entend de celui dans lequel sont effectuées les inscriptions correspondantes.

Chapitre II

Règles d'application

Article 63. Détermination de la loi étrangère. 1. Les tribunaux et autorités caribéennes appliquent d'office les règles de conflit du présent titre et celles stipulées dans les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Les tribunaux mettent en œuvre la loi désignée par les règles de conflit mentionnées au paragraphe précédent. À cette fin, le juge peut recourir :

i) aux moyens indiqués par les conventions internationales ;

ii) aux opinions des experts du pays dont il convient d'appliquer la loi ;

iii) aux avis des institutions spécialisées en droit comparé ;

iv) à tout autre document qui établit la teneur, la positivité et l'applicabilité au cas d'espèce de ladite loi.

3. Si, même avec le concours des parties, le juge ne parvient pas à établir la loi étrangère désignée, il applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. À défaut, la loi caribéenne s'applique.

Article 64. Interprétation. 1. Les juges et autorités caribéennes sont tenus de mettre en œuvre la loi étrangère comme le feraient les juges de l'État dont la loi est déclarée applicable, sans préjudice du droit des parties d'alléguer et prouver l'existence et le contenu de la loi étrangère invoquée.

2. La loi étrangère est appliquée selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps.

Article 65. Droit public étranger. La loi étrangère désignée par la règle de conflit s'applique bien qu'elle soit contenue dans une disposition de droit public.

Article 66. *Adaptation.* Les diverses lois qui peuvent être désignées pour régir les différents aspects d'un même rapport de droit s'appliquent en s'ajustant mutuellement de manière à atteindre les objectifs poursuivis par chacune de ces législations.

Les éventuelles difficultés de cette mise en œuvre simultanée sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce.

Article 67. *Exclusion du renvoi.* La loi étrangère désignée par la règle de conflit s'entend de ses dispositions de droit matériel, à l'exclusion du renvoi que ses règles de conflit feraient à un autre droit, serait-il le droit caribéen.

Article 68. *Ordre public.* 1. La loi étrangère n'est pas appliquée si ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public international. L'incompatibilité s'apprécie en tenant compte des liens de la situation juridique avec l'ordre juridique caribéen et de la gravité de l'effet que produirait l'application de cette loi.

2. Lorsque l'incompatibilité est constatée, la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même règle de conflit est appliquée et, si cela s'avère impossible, la loi caribéenne s'applique.

3. Aux fins des paragraphes précédents, l'ordre public international s'entend de l'ensemble des principes qui inspirent l'ordre juridique caribéen et reflètent les valeurs de la société au moment où il est apprécié.

4. L'ordre public caribéen comprend les dispositions ou principes auxquels il n'est pas permis à la volonté des particuliers de déroger.

Article 69. *Dispositions impératives.* 1. Les dispositions du chapitre premier du présent titre ne limitent pas l'application des règles dont l'observation est, au regard de la Caraïbe, essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts publics, comme son organisation politique et économique, au point d'exiger leur application à toute situation comprise dans leur champ d'application.

2. Les tribunaux caribéens peuvent, s'ils le jugent approprié, donner effet aux dispositions

impératives d'un autre État avec lequel le rapport de droit a des liens étroits.

Article 70. *Ordres juridiques plurilégislatifs.* 1. Si, dans l'ordre de l'État désigné par les règles de conflit de la présente loi, plusieurs systèmes juridiques à ressort territorial ou personnel coexistent, la loi applicable se détermine selon les critères utilisés par cet ordre.

2. Si de tels critères ne peuvent être identifiés, le système juridique avec lequel le cas d'espèce présente le rattachement le plus étroit s'applique.

Article 71. *Droits acquis.* Les situations juridiques valablement créées dans un État en conformité de toutes les lois avec lesquelles elles présentent un rattachement au moment de leur création, sont reconnues dans la Caraïbe pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux principes de son ordre public.

TITRE IV

Efficacité des décisions judiciaires et des actes publics étrangers

Chapitre I

Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

Article 72. *Notion de décision.* Constitue une décision toute décision prononcée par une juridiction ou une autorité équivalente d'un État, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle que jugement, sentence, arrêt, ordonnance, décret ou mandat d'exécution, et quelle que soit la dénomination donnée à la procédure dont elle découle.

Article 73. *Reconnaissance et exécution en général.* 1. Pour qu'une décision puisse être reconnue, elle doit produire dans l'État d'origine l'effet dont la reconnaissance est sollicitée dans l'État requis.

2. Pour qu'une décision puisse être exécutée, elle doit être exécutoire dans l'État d'origine.

3. La reconnaissance ou l'exécution peuvent être ajournées ou refusées si la

décision est dans l'État d'origine l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour l'exercer n'y est pas expiré.

4. Quand la décision étrangère comporte plusieurs chefs qui sont séparables du reste, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être reconnus ou exécutés séparément.

Article 74. *Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution.* Les décisions étrangères ne sont pas reconnues :

i) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public ;

ii) quand l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié au défendeur en forme régulière et en temps suffisant pour qu'il puisse préparer sa défense, à moins que celui-ci ait comparu devant le tribunal d'origine sans contester la notification pourvu que la loi de l'État d'origine permette de contester cette notification ;

iii) si ont été méconnues les dispositions établies à l'article 9 de la présente loi ou si la compétence du tribunal étranger n'était pas fondée sur l'un des critères définis au chapitre II de la présente loi ou sur un rattachement raisonnable de nature équivalente ;

iv) si une procédure ayant le même objet et la même cause est pendante entre les mêmes parties devant un tribunal caribéen, si elle a été introduite la première ;

v) si elles sont inconciliables avec une décision rendue entre les mêmes parties dans la Caraïbe ;

vi) si elles sont inconciliables avec une décision rendue dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, si cette décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance par la Caraïbe et a été prononcée la première ou si sa reconnaissance a déjà été déclarée par la Caraïbe ;

vii) si elles ne réunissent pas les conditions requises dans le pays dans lequel où elle a été rendue pour être considérées comme authentiques et celles que requièrent les lois caribéenne pour leur validité.

Article 75. *Procédure.* 1. Les décisions étrangères sont reconnues de plein droit sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune

procédure. La reconnaissance peut être demandée par voie incidente, sur reconvention ou sur demande contre un codéfendeur, ou invoquée comme moyen de défense.

2. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, toute partie intéressée peut demander à l'autorité compétente de statuer sur la reconnaissance ou la non reconnaissance d'une décision étrangère. Dans ce cas, la procédure de reconnaissance suit les règles procédurales de l'exequatur.

3. L'action d'exequatur est de la compétence des tribunaux de première instance. Le jugement du tribunal de première instance est susceptible d'appel.

Article 76. *Adoptions prononcées à l'étranger.* Les adoptions et institutions similaires de droit étranger ne sont pas reconnues lorsque leurs effets relatifs au lien de filiation ne sont pas substantiellement équivalents à ceux que produit le droit caribéen.

Article 77. *Immunité d'exécution.* Conformément aux règles du droit international public sur les immunités d'exécution les biens et avoirs que l'État étranger possède sur le territoire caribéen ne peuvent être l'objet de mesures coercitives à moins que les créanciers ne démontrent que les dettes se rattachent à une activité exclusivement économique. Les organismes et entités publiques d'un État étranger dont le patrimoine est principalement affecté à une activité économique ne bénéficient de l'immunité d'exécution qu'autant qu'ils établissent que la dette a été contractée pour le compte dudit État à des fins la rattachant à l'exercice de la souveraineté étatique.

2. L'immunité d'exécution des agents diplomatiques accrédités dans la Caraïbe est définie par les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie et, à défaut, par la coutume internationale.

3. L'immunité d'exécution des organisations internationales dont est membre la Caraïbe est définie par leurs traités constitutifs. Les agents de ces organisations bénéficient de l'immunité dans les termes fixés par ces traités.

Efficacité probatoire des actes publics étrangers

Article 78. *Actes publics étrangers.* 1. Constituent des actes publics les actes étrangers auxquels, en vertu des traités ou conventions internationales ou de lois particulières, il y a lieu d'attribuer force probante.

2. À défaut de traité ou convention internationale et de loi particulière, sont des actes publics ceux qui réunissent les conditions suivantes :

i) qu'ils aient été délivrés par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à cette fin dans l'État d'origine ;

ii) qu'ils aient été objet d'une légalisation ou aient reçu une apostille et qu'ils réunissent les autres conditions nécessaires à leur authenticité dans la Caraïbe ;

iii) que leur délivrance ou leur établissement ait respecté les conditions qui sont exigées dans le pays où ils ont été délivrés. Si ces délivrance ou établissement sont effectués par une autorité diplomatique ou consulaire accréditée dans la Caraïbe, les conditions à respecter sont celles que prévoit la loi de l'État d'envoi ;

iv) que dans l'État d'origine l'acte fasse pleine preuve de la signature et de son contenu.

3. Quand les actes étrangers auxquels se réfèrent les paragraphes précédents de cet article comprennent des déclarations de volonté, l'existence de celles-ci est tenue pour établie, mais leurs effets sont ceux que déterminent les règles caribéennes et étrangères applicables en matière de capacité, d'objet et de forme des actes juridiques.

Article 79. *Traduction.* Sans préjudice des dispositions des conventions internationales ou des lois particulières, tout acte rédigé en une langue qui n'est pas langue officielle de l'État où il est présenté sera accompagné de sa traduction.

Une traduction privée peut être présentée et si, en tel cas, une des parties la conteste dans les cinq jours suivant sa communication, en déclarant qu'elle ne la considère pas fidèle et exacte et en précisant les divergences, le greffier demandera une traduction officielle

de l'acte, dans sa partie affectée par les divergences, aux frais de celui qui l'a présentée.

Toutefois, ces frais seront transférés à la charge de la partie qui conteste, si la traduction officielle effectuée sur sa demande, se révèle substantiellement identique à la traduction privée.

TITRE V

Dispositions transitoires et finales

Article 80. *Application dans le temps.* 1. La présente loi s'applique à toutes les procédures introduites après la date de son entrée en vigueur, sans préjudice des droits acquis.

Cependant, les actes effectués et les faits survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, mais qui continuent à produire leurs effets, sont régis par la loi antérieure à cette date pour la période antérieure et par la présente loi pour la période postérieure.

2. Les juges et autorités de la Caraïbe saisis de demandes présentées avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi conservent leur compétence même si celle-ci ne leur est pas conférée par la présente loi.

Devant les juges et autorités de la Caraïbe, les actions rejetées pour incompétence avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi peuvent être exercées de nouveau si compétence leur en est conférée par cette dernière, pourvu que la demande soit encore recevable.

3. Les dispositions de la présente loi relatives aux conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères s'appliquent aux demandes de reconnaissance et d'exécution qui sont pendantes à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Article 81. *Disposition abrogatoire.* Sont abrogées toutes les dispositions antérieures qui règlent la matière formant l'objet de la présente loi et qui lui sont contraires.